



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DPTO. DE CIENCIAS PENALES**

**LA INSOLVENCIA PUNIBLE
ANÁLISIS Y PROPUESTA PARA UNA REFORMA**

**MEMORISTA: YOAB BITRAN H.
PROFESOR GUÍA: SR. VIVIAN BULLEMORE G.**

Índice

Introducción. Pág. 4.

Capítulo 1: Evolución histórica:

1.1. En el Derecho comparado. Pág. 11.

1.2. En el Derecho nacional. Pág. 14.

Capítulo 2: Estado actual de nuestra legislación concursal penal. Pág. 17.

Capítulo 3: Bien jurídico protegido:

3.1. Teorías colectivas o supraindividuales. Pág. 25.

3.1.1. Críticas de Francisco Muñoz Conde a las teorías macrosociales. Pág. 27.

3.2. Teorías individualistas. Pág. 29.

3.3. Teorías eclécticas. Pág. 30.

3.4. Conclusiones sobre el bien jurídico protegido. Pág. 32.

3.5. El caso de Chile. Pág. 36.

Capítulo 4: Estudio del tipo objetivo de los delitos de insolvencia punible:

4.1. Acción. Pág. 38.

4.2. Sujetos:

4.2.1. Sujeto activo. Pág. 41.

4.2.2. Sujeto pasivo. Pág. 45.

4.3. Objeto material. Pág. 47.

4.4. Conducta, nexo causal y resultado. Pág. 49.

Capítulo 5: Análisis de los delitos de la Ley de Quiebras:

5.1. Delitos de quiebra culpable. Pág. 52.

5.2. Delitos de quiebra fraudulenta. Pág. 74.

Capítulo 6: Análisis del Art. 466 del Código Penal:

6.1. Alzamiento de bienes. Pág. 98.

6.2. Otros fraudes del deudor tipificados en el Art. 466. Pág. 102.

Conclusiones y proposiciones de reforma en el ámbito punitivo. Pág. 108.

Bibliografía. Pág. 122.

Introducción

En una memoria que aborda temáticas relacionadas con el Derecho Penal, lo usual sería comenzar refiriéndonos a algún principio o particularidad de este sector del ordenamiento jurídico. Sin embargo, para entender la relevancia del papel que desempeña el Derecho Penal en el ordenamiento concursal, es menester establecer previamente, en el inicio de este trabajo, cuál es la relevancia de la quiebra como institución y qué efectos genera, tanto en la situación actual y futura del fallido como en la marcha de la economía del país.

Indudablemente, la crisis patrimonial o de liquidez que afecta a una persona natural o jurídica deja secuelas (que pueden ser desde irrelevantes hasta muy graves) en el orden público económico, la fe pública y el tráfico financiero. Sin embargo, mientras no se produzca este desequilibrio que le impide cumplir sus obligaciones con los acreedores, el titular goza de libertad para administrar su patrimonio y así hacer frente a sus compromisos por cuenta propia.

Una vez que han intervenido los órganos concursales y la administración de justicia, lo que supone el estado generalizado y sostenido de insolvencia por parte del deudor, es que surge la pregunta acerca de cuál debe ser la finalidad del procedimiento de quiebra y de todo el sistema concursal. Sin duda que en primer lugar aparece la necesidad de hacer justicia, lo que importa el hecho de que los acreedores puedan recuperar sus créditos, siendo pagados en la parte del patrimonio que les corresponde.

Sin embargo, si realizamos un análisis más profundo nos encontramos con el asunto más relevante para efectos de esta memoria. Esto es, el trato que debe recibir el deudor insolvente, qué tipo de sanción merece y bajo qué circunstancias.

Un adecuado y eficiente ordenamiento concursal probablemente no asegure el desarrollo y la estabilidad económica de un país. Pero un sistema ineficaz o uno excesivamente severo puede tener serias repercusiones en el funcionamiento de la economía y el crecimiento, atentando contra ellos, frenándolos. Especialmente en economías pequeñas y emergentes, como la nuestra.

En una economía de mercado dinámica es fundamental el aumento de la productividad. Este factor clave para el crecimiento sostenido se genera a través de las innovaciones de procesos y productos que realizan las empresas, lo que les permite obtener una mayor producción con la misma cantidad de factores. Por otra parte, la salida del mercado de empresas ineficientes constituye también un factor esencial para el aumento sostenido de la productividad. En efecto, la salida de empresas del mercado permite reasignar factores productivos escasos a otras empresas y o sectores de la economía.

Las empresas que fracasan o salen del mercado lo hacen por diversos motivos: porque el país perdió ventajas en el sector económico en que la empresa se desempeña, porque se generan situaciones de mercado coyuntural adversas que le producen una crisis de liquidez¹, o en último caso, por incompetencias de gestión de sus dueños, los cuales por falta de experiencia empresarial o simplemente ineptitud, no son capaces de emprender y desarrollar un negocio en un mercado competitivo.

¹ Cabe señalar que la empresa en el largo plazo puede ser viable y capaz de solventar sus acreencias. La evidencia muestra que una importante proporción de las empresas fracasan por problemas de liquidez más que por insolvencia.

La capacidad y posibilidad de emprender es un bien que la sociedad debe promover, incluso en el evento de que el emprendedor haya fracasado en un negocio, ya sea porque esté en un sector declinante de la economía, se encuentre afectado por una crisis de liquidez por razones coyunturales o incluso porque su falta de experiencia lo haya llevado a cometer errores en decisiones claves del negocio.

El aprendizaje que se genera en esos eventos es a veces más valioso y aleccionador que cualquier otro proceso formal de desarrollo de capacidad emprendedora. En este contexto, uno de los temas fundamentales que debe cuidar toda sociedad es evitar la estigmatización a priori del emprendedor que fracasa.

Es aquí donde el Derecho Penal cumple un rol decisivo. La penalización excesivamente severa y amplia de conductas desplegadas por el fallido es un factor que influye en su estigmatización exagerada o injustificada, afectando, en definitiva el interés por desarrollar actividades emprendedoras y generando un impacto negativo en la innovación, ya que ésta implica tomar riesgos que pueden derivar fácilmente en una sanción penal en caso de fracasar.

Todo esto debe tenerse en cuenta a la hora de analizar nuestro ordenamiento concursal penal vigente y, especialmente, al momento de pensar y estructurar una necesaria y profunda reforma del mismo.

En la primera parte de este trabajo realizamos un análisis general de los delitos relacionados con la insolvencia punible respecto del bien jurídico protegido y la tipicidad objetiva (acción, sujetos, objetos, resultado, etc.) de los mismos.

Posteriormente efectuamos un estudio particularizado de las figuras delictivas que forman parte de nuestro sistema concursal penal, tanto de aquellas que contiene la Ley de Quiebras como de las establecidas en el Código Penal. Este análisis incluye una descripción de cómo se han tipificado las conductas en el Derecho comparado.

Finalmente, entregamos nuestras conclusiones, proponiendo las bases y estableciendo los criterios que se deben tener en cuenta para una reforma sustantiva de nuestro sistema concursal penal, tanto en la forma como en el fondo.

Algunas nociones trascendentales

Junto con destacar la relevancia de la materia que tratamos en este trabajo, nos parece indispensable aclarar en esta introducción, determinados conceptos que nos acompañarán a lo largo de éste. Quiebra, declaratoria de quiebra, insolvencia y cesación de pagos, son conceptos fundamentales que se deben tener incorporados a la hora de abordar cualquier análisis respecto de los delitos de insolvencia punible.

- Quiebra

El artículo 1 de la Ley de Quiebras establece que “el juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer el pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”.

Por lo tanto, nos queda claro que la quiebra es un juicio o procedimiento. Y si nos detenemos en la clasificación de los procesos, podemos agregar que se trata de uno de orden civil contencioso.

En cuanto a las particularidades del juicio de quiebra, podemos señalar que éste se caracteriza por su indivisibilidad y universalidad. Esto porque, por una parte los bienes del fallido se realizan “en un solo procedimiento” y por otra, éste comprende la totalidad de los bienes que componen su patrimonio, salvo aquellos inembargables.²

Como nos advierte el texto legal, el procedimiento de quiebra tiene por finalidad esencial la realización o liquidación de la integridad los bienes que forman parte del patrimonio del deudor, la que se logra mediante la venta de tales bienes y es materializada por un síndico de quiebras.

Otra característica de la quiebra es que los acreedores concurren en igualdad de condiciones al procedimiento concursal. Esto sin considerar las preferencias y privilegios establecidos en la ley (prelación de créditos).

Finalmente, es necesario aclarar que si hemos definido la quiebra como un proceso, no resulta afortunada la denominación “quiebra fraudulenta” o “quiebra culpable”. No es posible catalogar como culpable o fraudulento a un procedimiento legal.

Si bien nos parece que, tanto estas como otras desprolijidades presentes en la redacción del texto legal debiesen ser corregidas al momento de efectuar una reforma, para efectos de realizar un estudio ordenado y no confundir al lector, en este trabajo manejaremos la terminología que utiliza la Ley.

² Art. 2 Ley N ° 18.175: “La quiebra produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible. Comprenderá, en consecuencia, todos los bienes de aquél y todas sus obligaciones aun cuando no sean de plazo vencido, salvo aquellos bienes y obligaciones que la ley expresamente exceptúe”.

- **Declaratoria de quiebra**

El juicio de quiebra se inicia con una resolución judicial dictada por el juez civil, la denominada “declaratoria de quiebra”.

De acuerdo con el artículo 39 de la Ley de Quiebras “la quiebra podrá ser declarada a solicitud del deudor o de uno o varios de sus acreedores”.

La importancia de la declaratoria de quiebra radica en que una vez pronunciada ésta, el fallido queda inhibido de la administración de sus bienes (salvo los inembargables), la que pasa al síndico de quiebras.³

Esta sentencia fija los derechos de los acreedores, lo que les impide mejorar su situación con posterioridad a la declaración de quiebra. Además, aquéllos pierden el derecho de ejecutar individualmente al fallido.

Por último, se acumulan todos los juicios pendientes contra el fallido ante otros tribunales, al procedimiento de la quiebra.

- **Insolvencia**

Es un concepto eminentemente económico y se refiere a la incapacidad del deudor de cumplir determinadas obligaciones que ha contraído, por ser el monto de su pasivo superior al valor total de su activo. Vale decir, sus bienes son insuficientes para hacer frente a deudas y compromisos adquiridos. El deudor no puede, aún enajenando todos los bienes de su activo, pagar íntegramente su pasivo.

³ Art. 27 Ley N ° 18.175: “El síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y representa también los derechos del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquéllos y de éste determinadas por la ley”.

Sin embargo, sectores doctrinarios han sostenido que una persona natural o jurídica puede ser catalogada de insolvente, incluso en el caso de que sus activos totales sean superiores al valor de la suma de sus deudas. Esto ocurre si el pasivo exigible a corto plazo es mayor a su activo disponible o liquidable. En consecuencia, interesaría la capacidad de realizar sus bienes, vale decir, de convertir rápidamente sus activos en efectivo para hacer frente a sus obligaciones de pago. Es lo que se conoce como liquidez.

Por último, resulta fundamental distinguir entre la insolvencia real y la ficticia o aparente, pues mientras en la primera el patrimonio del deudor efectivamente se hace insuficiente para satisfacer sus compromisos, en la segunda el deudor finge una merma importante en su patrimonio (como en la ocultación maliciosa de bienes) la que le impide cumplir con las obligaciones contraídas.

- Cesación de pagos

La cesación de pagos no es otra cosa que el modo normal en que se concreta o manifiesta la situación de insolvencia. Es la etapa en que el deudor ha dejado de cumplir, objetivamente y de hecho, sus compromisos y obligaciones.

Podemos agregar que debe tratarse de un estado general y permanente. El deudor no debe ser capaz de superar la crisis por sus propios medios. No se trata de un incumplimiento menor o de una eventualidad imprevista. Estamos hablando de un escenario crítico, crónico y global.

Capítulo 1

Evolución histórica

1.1. En el Derecho comparado

La quiebra es una institución de muy larga data, pues sus orígenes se remontan al Derecho Romano. Sin embargo, no es nuestra intención explayarnos sobre la historia de la quiebra, sino centrarnos en la evolución que han presentado los delitos relacionados con dicha institución, especialmente en el último tiempo.

En la Edad Media, se consideraba a todo aquel que caía en bancarrota, un infame, un delincuente. No se distinguía entre los estados de insolvencia y existían durísimos castigos para todos los quebrados, los cuales eran aplicados por sus “víctimas”, los acreedores.

Recién en el siglo XVI, el jurista italiano Benvenuto Stracca, mediante la introducción de una clasificación de los deudores insolventes en deudores de buena o mala fe, restringe la punibilidad de la quiebra estableciendo presunciones de defraudación. Era el término del castigo a todas las bancarrotas.

Al respecto, Klaus Tiedemann ha sostenido que “se debe sobre todo a la influencia de las ciudades del norte de Italia el hecho de que, mayoritariamente, el derecho penal europeo de la quiebra no castigue la insolvencia como tal o sólo su producción casual sino particulares hechos de bancarrota”.⁴

⁴ Tiedemann, Klaus. “Lecciones de Derecho Penal Económico”. Editorial Ariel. Barcelona. 1993. Pág. 207.

A Stracca se le atribuye también el ser el precursor de la calificación de la quiebra, como fortuita, culpable o fraudulenta. Sin embargo, esta materia no fue plasmada en legislación alguna sino hasta después de la Revolución Industrial y la Revolución Francesa, cuando el auge y la modernización de la economía y el comercio, hicieron necesaria la regulación de las situaciones que ponían en peligro el normal funcionamiento del sistema mercantil.

Es precisamente en Francia, en donde podemos encontrar tipificados (en un código) los delitos de la quiebra por primera vez, tanto en el Código de Comercio de 1807 como en el Código Penal de 1810 (Códigos Napoleónicos).

Pero es en el Derecho español en el que encontramos las bases de nuestra legislación en materia concursal. Ya en las Ordenanzas de Bilbao (1737, Felipe V) se contemplan importantes normas sobre Derecho de quiebras, las cuales inspiraron el Código de Comercio español de 1829. Sin embargo, entre estas disposiciones, se establecía la prisión del deudor que se negaba a pagar sus deudas o ceder sus bienes, hasta que cumplía con alguno de los requerimientos.

El Código Penal de España de 1848 incorporaba a la legislación penal las insolvencias punibles establecidas en la Derecho mercantil. Se sancionaba la quiebra fraudulenta, el alzamiento de bienes y el concurso de acreedores. A partir de este hecho se genera un debate que se mantiene vigente hasta nuestros días, acerca de dónde deben estar ubicados, en términos de la legislación, los delitos de insolvencia punible.

Respecto de este tema, es necesario hacer referencia a la descripción que realizan Rodríguez Devesa y Serrano Gómez sobre el panorama que se observa en el Derecho comparado. Estos autores señalan que “los sistemas son fundamentalmente tres: 1. Algunos Códigos, como el suizo, regulan totalmente la materia en el penal. 2. Otros países han adoptado el criterio de dictar leyes especiales, como Alemania antes de la reforma introducida en el Código Penal por la ley para combatir la criminalidad económica de 1976. 3. Un sistema intermedio es dejar al Derecho mercantil la descripción de las conductas y remitirse a ellas en el Código Penal: sistema español y francés.”⁵

Esta clasificación sobre los sistemas de codificación de los delitos de insolvencia punible ha variado, luego de la entrada en vigencia del Código Penal español de 1995, como advierte Beneytez Merino, “el Código Penal de 1995 define los tipos relativos de la quiebra con independencia del Código de Comercio”⁶. Lo propio ha sucedido con el Código Penal alemán. Tiedemann afirma que “el Derecho penal alemán de la quiebra, de modo distinto en especial, al derecho italiano y francés, a partir de 1976 ya no se regula en una ordenación concursal fuera del Código Penal sino en el propio Código Penal”⁷. Como vemos, ambos cuerpos normativos, tanto el español como el alemán, regulan completamente la materia, sin remitirse al Código de Comercio.

Finalmente, en Argentina, la última reforma sustantiva del régimen de concursos y quiebras (1995), según Edgardo Donna ha permitido “la transferencia del Derecho Penal de insolvencia de la antigua ley de concurso al Código Penal”.⁸ Vale decir, se ha seguido el modelo hispano-germano.

⁵ Rodríguez Devesa, José María / Serrano Gómez, Alfonso. “Derecho Penal Español (Parte Especial)”. Dykinson. Madrid. 1995. Pág. 484.

⁶ Beneytez Merino, Luis. En: “Derecho penal económico”. Bacigalupo, Enrique (Director). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000. Pág. 251.

⁷ Tiedemann, Klaus. “Lecciones de Derecho Penal Económico”. Editorial Ariel. Barcelona. 1993. Pág. 207.

⁸ Donna, Edgardo. “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001. Pág. 649.

1.2. En el Derecho nacional

Como colonia española, Chile recibió la influencia de los diversos cuerpos legales que se dictaron en la nación ibérica. El Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas y las antes mencionadas Ordenanzas de Bilbao rigieron en tiempos coloniales. Sin embargo, sólo estas últimas son consideradas influencia directa del futuro Derecho concursal chileno. Según Puga Vial, “estas ordenanzas fueron verdaderamente el ordenamiento mercantil que Chile tuvo hasta la dictación del Código de Comercio en 1865”.⁹

Si nos remitimos a la clasificación de Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, Chile pertenecería al grupo de países que instaló un sistema mixto en que se complementan disposiciones comerciales con normas penales, esto, por cuanto se heredó el sistema que imperaba en España y Francia.

Autores nacionales han reconocido como fuentes materiales directas de nuestro ordenamiento concursal tanto al Código de Comercio francés de 1807, como al español, de 1829.

El Código de Comercio chileno se dictó en 1865 y el Código Penal en 1874. Ambos reglamentaban los delitos concursales. El primero, dentro de su cuarto libro titulado “De las quiebras”, entre los artículos 1332 y 1337 (en los que se establecían presunciones, tanto de derecho como simplemente legales, de quiebra culpable o fraudulenta, además de presunciones de complicidad) y el segundo, en 4 artículos, desde el 463 al 466 (en los que se señalaban las sanciones de las conductas descritas en el Código de Comercio).

⁹ Puga Vial, Juan Esteban. “Derecho concursal. Delitos de la quiebra”. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 76.

Sin embargo, la primera Ley de Quiebras, N ° 4558, que se dictó en el año 1929 y se puso en vigencia el 20 de mayo de 1931, derogó el libro IV del Código de Comercio y junto con él los artículos 463, 464 y 465 del Código Penal. No obstante, mantuvo vigente el artículo 466, el cual hace referencia al deudor no dedicado al comercio.

La Ley N ° 4558 eliminó una cantidad importante de las presunciones que establecía el Código de 1865 y modificó algunas otras. Es menester agregar que esta ley estableció la posibilidad de sancionar por quiebra culpable o fraudulenta a personas distintas del fallido (artículos 203 y 204), tales como gerentes, directores o administradores de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada declarada en quiebra, además de factores o representantes de un deudor quebrado que sea persona natural. Sobre esto volveremos cuando abordemos al sujeto activo en los delitos de insolvencia punible.

La Ley N ° 4558 mantuvo su vigencia hasta 1982, año en que se dictó una nueva Ley de Quiebras, la 18175. Esta ley eliminó las presunciones de derecho de quiebra culpable o fraudulenta que existían en la Ley N ° 4558. El haberlas mantenido habría resultado inconstitucional, puesto que la Carta Magna de 1980, en su artículo 19 N ° 3, establece que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Salvo esta importante modificación, la Ley N ° 18175 mantuvo prácticamente intacto el sistema concursal penal que había creado la Ley N ° 4558, con sus presunciones de quiebra culpable o fraudulenta y sus presunciones de complicidad. Todas estas fueron ubicadas en el Título XIII de la ley, que se denomina “De los delitos relacionados con las quiebras”.

Finalmente, el 8 de marzo de 2005 fue publicada la Ley N ° 20004, que modifica la Ley N ° 18175. Sin embargo, esta ley no introduce cambio alguno a los artículos referidos a los delitos de insolvencia punible. Más bien, lo que hace es modificar sustantivamente el sistema orgánico e institucional de la quiebra.

Cabe señalar que el artículo 466 del Código Penal se mantiene vigente hasta hoy, y que desde la derogación de los artículos 463, 464 y 465 (por la Ley N ° 4558) es el único que se refiere a los fraudes del deudor insolvente.

Capítulo 2

Estado actual de la legislación concursal penal

Previo al análisis de los distintos tipos penales vigentes relacionados con la quiebra y con el fin de introducir adecuadamente al lector, reproducimos todas las figuras delictivas que integran nuestro sistema concursal penal.

2.1. Tipo del Código Penal

Art. 466:

“El deudor no dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

En la misma pena incurrirá si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados”.

2.2. Ley de Quiebras

Art. 38:

“El síndico que se concertare con el deudor, con algún acreedor o tercero para proporcionarle alguna ventaja indebida o para obtenerla para sí, será penado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que hubiere cometido en el desempeño de su cargo tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta. Será, además, castigado con inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo de síndico.

La responsabilidad civil del síndico, que alcanzará hasta la culpa levísima, se perseguirá en juicio sumario y sólo una vez presentada la cuenta definitiva.

Art. 218:

“La quiebra del deudor a que se refiere el artículo 41° puede ser fortuita, culpable o fraudulenta.”

Art. 219:

“La quiebra se presume culpable en los siguientes casos:

- 1.- Si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos;
- 2.- Si los gastos domésticos o personales del fallido hubieren sido excesivos, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia;
- 3.- Si el fallido hubiere perdido fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa;
- 4.- Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciere no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42;
- 5.- Si el deudor fuere declarado en quiebra, por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que hubiere contraído en un convenio precedente;

6.- Si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o si se negare a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios;

7.- Si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes;

8.- Si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas;

9.- Si no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo. Respecto de quienes no estén obligados a llevar libros de contabilidad, se aplicarán las normas sobre tributación simplificada establecidas por el Servicio de Impuestos Internos;

10.- Si no se conservare las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios;

11.- Si hubiere omitido la inscripción de los documentos que ordena la Ley, y

12.- Si agravase el mal estado de sus negocios durante el período a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis.”

Art. 220:

“Se presume fraudulenta la quiebra del deudor:

1.- Si hubiere ocultado bienes;

- 2.- Si hubiere reconocido deudas supuestas;
- 3.- Si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores;
- 4.- Si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza;
- 5.- Si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos, bienes de la masa;
- 6.- Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda;
- 7.- Si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes;
- 8.- Si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, puesto en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos;
- 9.- Si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, las vendiere con pérdidas;
- 10.- Si, antes o después de la declaración de quiebra, hubiere comprado para sí por interposición de un tercero y a nombre de éste, bienes de cualquier clase;

11.- Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél;

12.- Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas;

13.- Si hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa;

14.- Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes;

15.- Si el deudor, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior, hubiere omitido, falseado o desvirtuado información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera, y

16.- En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.”

Art. 221:

“Se presume que son cómplices de quiebra fraudulenta:

1.- Los que, de acuerdo con el fallido, supusieren créditos o alteraren los verdaderos en cantidad o fecha;

2.- Los que auxiliaren al fallido para ocultar o sustraer sus bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes o después de la declaración de quiebra;

3.- Los que, con conocimiento de la declaración de quiebra, ocultaren bienes, documentos o papeles de propiedad del fallido que tuvieran en su poder, o los entregaren a éste y no al síndico;

4.- Los que, después de la declaración de quiebra, admitieren cesiones o endosos del fallido;

5.- Los acreedores legítimos que celebraren convenios privados con el fallido en perjuicio de la masa;

6.- Los que, con conocimiento de la cesación de pagos, obtuvieren el pago anticipado del todo o parte de su crédito, y

7.- Los agentes, corredores o comisionistas que, después de declarada la quiebra, intervinieren en cualquier operación comercial del fallido, con perjuicio de la masa.

En los demás casos se aplicarán las reglas generales que, sobre complicidad, establece el Código Penal.”

Art. 231:

“El cónyuge y los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines del fallido, que, con conocimiento de la quiebra, hubieren sustraído bienes perteneciente a ésta, no serán considerados cómplices de quiebra fraudulenta, pero serán castigados como reos comunes de hurto sin tomarse en consideración su calidad de cónyuge o de pariente.”

Art. 232:

“Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41°, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso,

cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219° y 220°, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones. Serán castigados con reclusión o relegación menores en su grado mínimo a medio si se han repartido dividendos a los socios, a propuesta del directorio, a sabiendas que no correspondían a utilidades efectivas. La pena se elevará en un grado si esos repartos han ocasionado la quiebra”.

Art. 233:

“Los factores o representantes del fallido que sea persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219° y 220°. Las inhabilidades, medidas preventivas y penas que procedan, se aplicarán, en el caso de incapaces, a los representantes legales que hubieren intervenido en los actos o contratos que produjeron el mal estado de los negocios o en los que den fundamento para declarar la quiebra culpable o fraudulenta”.

Capítulo 3

Bien jurídico protegido

Determinar el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar, resulta siempre fundamental a la hora de interpretar y propugnar la mejor aplicación de la norma. El bien jurídico le da sentido y armonía a toda la configuración del ilícito penal. Como base de la teoría del delito, una perspectiva específica sobre el bien jurídico protegido implica una forma de sistematizar todos los delitos relacionados con éste, en cuanto a sus elementos y características fundamentales.

La discusión acerca de cual es el bien jurídico protegido en los delitos relacionados con la quiebra es de larga data y siempre controvertida. Existen diferencias importantes, aún en estos tiempos, entre las diversas doctrinas y legislaciones sobre esta materia.

Si tuviésemos que colocar en una recta las diferentes posiciones que coexisten acerca de cual es el bien jurídico tutelado en esta clase de delitos, en un extremo de la línea se encontrarían las posturas que ponen el acento en una perspectiva privada de la quiebra, mientras que en el otro las que destacan una concepción más pública de la misma. Otra forma de catalogarlas sería, por un lado, las concepciones individualistas y por otro las concepciones colectivas o supraindividuales. Entre ambas posiciones, sin duda encontraríamos una serie de teorías eclécticas, con diversos matices.

3.1. Teorías colectivas o supraindividuales

Dentro de este marco doctrinario podemos incluir las teorías que señalan que el bien jurídico que el ordenamiento intenta proteger mediante los tipos de insolvencia punible es la economía del país, el orden público económico o el correcto ejercicio del tráfico comercial y financiero. De acuerdo con esta visión, defendida muchas veces por comercialistas, la quiebra no sólo interesaría a los acreedores que se ven directamente afectados, sino que también perturba a la sociedad en general, al provocar una importante alteración de la economía. Vale decir, se parte de una concepción más pública de la quiebra, lo que implica la lesión o puesta en peligro de la economía nacional o de un sector de la misma.

En este mismo sentido se dirigen las posiciones de quienes, en una perspectiva algo más restringida, establecen que es el buen funcionamiento del sistema crediticio (pieza fundamental del funcionamiento del sistema económico), el bien jurídico ulterior protegido por el Derecho Penal de la quiebra. El origen de esta doctrina está relacionado con el Derecho italiano, y en menor medida con el alemán. Klaus Tiedemann, autor de importantes obras sobre Derecho Penal Económico alemán, advierte que “no se trata sólo de relaciones patrimoniales entre deudor y acreedor, sino de la protección del crédito como instrumento esencial de la moderna vida económica. El reconocimiento del crédito como bien jurídico de protección penal.”¹⁰

Dentro de las concepciones supraindividuales respecto del bien jurídico protegido también se incluyen las que afirman que lo que se tutela es la fe pública o la buena fe en los negocios. El mayor representante de este planteamiento fue Carrara. El profesor Juan Bustos Ramírez aclara que la expresión fe pública, utilizada por Carrara, “no coincide con la de carácter técnico jurídico (relacionada con la veracidad y autenticidad jurídica), sino más bien la identifica con la buena fe

¹⁰ De Villaláz, Aura. “Derecho Penal. Parte especial”. Editorial Mizrachi & Pujol. 2002. Panamá. Ob. Cit. Pág. 399.

comercial”.¹¹ Por lo tanto, lo que se estaría lesionando es la confianza en el ejercicio del comercio.

En relación con la misma posición, Joan Queralt Jiménez, catedrático de la Universidad de Barcelona, concluye que “el bien jurídico penalmente protegido es la exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas”.¹²

Por último, en el marco de las teorías colectivas se encuentran las que postulan que el objeto jurídico de los delitos relacionados con la quiebra es la administración de justicia. Esta posición fue sostenida principalmente por Nuvolone y tiene un carácter eminentemente procesalista¹³, pues concretamente, el bien jurídico protegido vendría a ser el proceso concursal. Es este proceso el instrumento con que cuentan los acreedores para satisfacer su pretensión de hacer efectivos sus créditos y el objeto jurídico que tendrían los delitos del deudor insolvente.

Las teorías colectivas tienden a catalogar a los delitos de insolvencia punible como delitos socio-económicos.

Nuestra opinión es que equivocan el camino aquellas teorías que intentan establecer artificialmente bienes jurídicos difusos, demasiado generales, imposibles de dimensionar y por ende, de proteger. El normal funcionamiento del comercio, el orden socio-económico, la seguridad económica, la confianza en los negocios, etc. Son más bien el resultado de una adecuada protección de los valores fundamentales de la sociedad que bienes jurídicos en sí mismos.

¹¹ Bustos Ramírez, Juan. “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”. Anuario de Derecho Penal 1989-1990. Universidad de Friburgo. Pág. 8.

¹² Queralt Jiménez, Joan. “Derecho Penal Español. Parte Especial”. Editorial Atelier. Barcelona. 2002. Pág. 488.

¹³ Landrove Díaz le atribuye su origen a Carnelutti, connotado procesalista.

3.1.1. Críticas de Francisco Muñoz Conde a las teorías macrosociales

Este connotado penalista español en su obra “Derecho Penal: Parte Especial” esboza una crítica ácida y sistematizada respecto del conjunto de doctrinas llamadas “supraindividuales”. Apunta principalmente a las incoherencias que éstas presentan en su desarrollo y a su escasa aplicación práctica. A continuación, dado que nos pareció un análisis acertado y relevante para los efectos de esta investigación, presentamos una breve síntesis de sus planteamientos.

En primer término, Muñoz Conde establece que el mantener una concepción macrosocial del bien jurídico protegido presenta dificultades a la hora de castigar una conducta delictiva desplegada en una quiebra de poca relevancia o de un pequeño empresario, pues en dichos casos no se estaría afectando al orden económico nacional ni generando un daño al sistema crediticio en su totalidad. En este sentido sostiene que “para ser coherente con el planteamiento macrosocial que se propone habría que excluir estos hechos del ámbito de aplicación de estos delitos”.

Por otra parte, Muñoz Conde sostiene que el fundamento de las teorías colectivas no resulta plausible ni se ha materializado en los ordenamientos jurídicos si consideramos los obstáculos de procedibilidad que “entorpecen” la persecución penal directa de algunos delitos en la mayoría de los sistemas legales. Como observaremos más adelante, existen delitos de insolvencia punible que exigen la anterior declaración de quiebra, lo que de acuerdo con Muñoz Conde es absolutamente contrario a un desarrollo consecuente de las posiciones supraindividuales, pues “para una concepción macrosocial no puede tener mucho sentido que unos hechos de tanta importancia para la economía en su conjunto, queden supeditados en su persecución penal a una previa declaración civil de la quiebra...” y agrega que “estas previas actuaciones jurisdiccionales obligatorias en la vía civil condicionan la persecución penal de estos hechos y a veces sirven de

obstáculo para la persecución de otros delitos que frecuentemente se dan relacionados con la insolvencia”.

Según Muñoz Conde el planteamiento de las teorías colectivas nos debiera conducir a “sólo exigir para la consumación de estos delitos la simple puesta en peligro del bien jurídico institucional, aunque no se llegara a producir el perjuicio real de los derechos de crédito de los concretos acreedores o no llegara, por las razones que sean, a ser muy importantes”. Sin embargo, al abordar con posterioridad en nuestro trabajo el resultado típico de los delitos de insolvencia punible, advertiremos que éste es siempre el perjuicio patrimonial de los acreedores y que sin su concurrencia simplemente no existe delito.

Finalmente, si bien el autor español reconoce al crédito como un instrumento de la economía en general (y no como la simple suma de los derechos de los acreedores concretos), señala que “no se deben confundir los intereses concretos de los acreedores con el interés en el funcionamiento de la economía crediticia en su conjunto. Ciertamente el perjuicio de los primeros pone en peligro el interés colectivo, pero lo decisivo en la creación del tipo sigue siendo el interés concreto individualizado”.¹⁴

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco. “Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. 11 ° Edición. Valencia. 1996. Págs. 396 y 397.

3.2. Teorías individualistas

Este sector doctrinario apunta al patrimonio como único bien jurídico protegido en estos ilícitos, específicamente el patrimonio particular de los acreedores. Por ende, desconoce la existencia de una protección ulterior al orden público económico. Se puede afirmar que hoy en día esta es la teoría más aceptada, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial y ha sido recogida en diversos ordenamientos penales.

Desde esta perspectiva patrimonialista, Bajo Fernández señala que los delitos de insolvencia punible “no tratan de añadir ningún plus de protección a las pretensiones de los acreedores al ordenado cobro de sus créditos, interés suficientemente protegido por el proceso concursal, sino que trata simplemente de proteger el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos”. Así, concluye que “el bien jurídico protegido en el delito de quiebra consiste en el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos”¹⁵. Se estaría protegiendo el derecho de crédito de los acreedores, crédito que se satisface desde el patrimonio del deudor insolvente.

Laje Anaya resume el planteamiento de las teorías patrimonialistas al aseverar que mediante la tipificación de estos delitos se “tiende a asegurar, por una parte, la intangibilidad de una universalidad (masa) contra posibles actos que tiendan a disminuir su totalidad, y por otra, a proteger el derecho de los acreedores que en conjunto hacia ella para obtener una pretensión concedida por el Derecho, es decir, para lograr una ordenada y equitativa satisfacción total o parcial de los créditos”.¹⁶

¹⁵ Bajo Fernández, Miguel. “Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial”. Madrid. Editorial Civitas. 1978. Pág. 169.

¹⁶ Anaya, Laje. “Quebrados y otros deudores punibles”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1967. Pág. 15.

Más adelante ampliamos el estudio de las teorías individualistas al momento de referirnos a la posición que recoge nuestro ordenamiento.

3.3. Teorías eclécticas

Estas teorías tienen como elemento común el hecho de que conciben a las insolvencias punibles como delitos pluriofensivos o de ofensa compleja, vale decir, que perjudican o afectan a varios bienes jurídicos simultáneamente. Sin embargo, la mayoría de los autores que acogen esta doctrina, establecen la existencia de un bien jurídico protegido primario o principal y la concurrencia de otros bienes jurídicos accesorios o de menor relevancia.

Podemos, entonces, nuevamente clasificar a esta clase de teorías en dos grupos; por una parte están aquellas que establecen la preeminencia de la protección de un bien jurídico supraindividual, llámese economía nacional, sistema crediticio, fe pública o administración de justicia, por sobre la protección de un bien jurídico de carácter individual, como es el patrimonio de los acreedores o su derecho al crédito. Y por otra, aquellas teorías en que predomina la tutela de los intereses patrimoniales de los acreedores como bien jurídico esencialmente protegido, por encima de otros bienes jurídicos colectivos, protegidos accesoriamente.

Francesco Antolisei, defensor de estas teorías establece que no se debe “contemplar en forma estrecha y unilateral el fenómeno de la insolvencia” porque se estarían dejando de considerar “las graves repercusiones que tal fenómeno produce en la economía general”, concretamente, “la perturbación que, a causa de la interdependencia de los establecimientos de comercio, produce en la vida económica del país, y, consiguientemente, el perjuicio que se deriva para la normalidad de los negocios y para la confianza en el ejercicio del comercio”.

Según Antolisei, “la lesión de ese interés social es demasiado importante para que no se tenga en cuenta”.¹⁷

En nuestro país, Garrido Montt ha sostenido que “el bien jurídico en la quiebra culpable y fraudulenta no es único, si bien está vinculado con el patrimonio de los acreedores, que pueden resultar afectados en cuanto a la recuperación de sus acreencias, lesiona principalmente la intangibilidad de una universalidad, a un conjunto indeterminado de derechos, obligaciones y relaciones de naturaleza económico crediticia creadas por la actividad desarrollada por el fallido. Se trata de un delito pluriofensivo...”¹⁸.

¹⁷ Antolisei, Francesco. “Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades”. Editorial Temis. Bogotá. 1964. Pág. 24.

¹⁸ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 298.

3.4. Conclusiones sobre el bien jurídico protegido

Si bien nos parece sumamente interesante la discusión doctrinaria expuesta, acerca del bien jurídico protegido en los delitos de la quiebra, pensamos que de persistir y ahondar en ella podríamos atrancarnos en una materia que ha sido objeto, por sí sola, de gran cantidad de análisis y trabajos, además, aquello no resultaría fructífero, pues de ninguna manera lograríamos zanjar definitivamente esta disputa.

Dicho lo anterior, luego de haber presentado resumidamente las diversas posiciones existentes en torno al asunto del objeto jurídico, corresponde referirnos en este apartado a lo que ocurre en la práctica, vale decir, a cómo se categorizan los delitos de insolvencia punible en los distintos ordenamientos penales, en especial en el chileno.

Nos parece fundamental revisar dentro de qué título se encuentran contenidas las insolvencias punibles, además de qué otros delitos se contemplan en el mismo, para poder desprender qué bien jurídico se entiende protegido por dicha legislación, más allá de la doctrina imperante.

Existen algunos ordenamientos que, siguiendo una concepción macro-social de la institución de la quiebra, ubican los delitos de insolvencia punible en títulos que contemplan tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Tal es el caso de la mayoría de los países centroamericanos y muy pocos sudamericanos. Algunos ejemplos son los siguientes:

- Código Penal de Panamá en “Delitos contra la economía nacional”. Los delitos relacionados con la quiebra y la insolvencia se encuentran junto a los delitos monopólicos y de competencia desleal.

- Código Penal de Costa Rica en “Delitos contra los negocios particulares, la confianza pública y la economía colectiva”. Las insolvencias punibles se encuentran junto a los delitos bursátiles.
- Código Penal de Guatemala en “Delitos contra la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario”. Las insolvencias punibles se encuentran junto a los delitos ambientales, cambiarios y monopólicos.
- Código Penal de Venezuela en “Delitos contra la fe pública”. Otros delitos ubicados en el mismo acápite son las falsificaciones de monedas, documentos y sellos.
- Código Penal de El Salvador en “Delitos relativos al orden socioeconómico”. Junto a los delitos relacionados con la propiedad industrial, la libre competencia y los que afectan los derechos laborales y de asociación.

Otras legislaciones penales ubican los delitos que son objeto de nuestro estudio en títulos que abarcan tipos penales que tutelan bienes jurídicos de carácter individual o personal. Tales ordenamientos constituyen la regla general, lo que da cuenta de que en estos tiempos, las teorías individualistas de la quiebra generan mayor aceptación que las colectivas. Dentro de este grupo de legislaciones penales podemos incluir a la mayoría de los códigos penales de Europa y Sudamérica, además del de México. Algunos ejemplos son:

- Código Penal de Paraguay en “Hechos punibles contra los bienes de la persona”. Otros delitos tratados en el mismo acápite son el hurto, el daño, el robo, la usura, la estafa, etc.
- Código Penal de Argentina en “Delitos contra la propiedad”. También se encuentran en este título la estafa, el hurto, la usurpación, etc.

- Código Penal de Francia en “Crímenes y delitos contra los bienes”. Junto a delitos como la apropiación indebida, las simulaciones y el chantaje.
- Código Penal de México en “Delitos en contra de las personas en su patrimonio”. Este título también comprende el robo, los fraudes, la extorsión, entre otros delitos.
- Código Penal de Ecuador en “Delitos contra la propiedad”. Se contemplan además delitos como el robo, abigeato, la extorsión, la estafa, etc.
- Código Penal de Italia en “Delitos contra el Patrimonio”. Junto a delitos como la usurpación, la usura y los fraudes.

Por último, debemos hacer referencia a las legislaciones penales que han adoptado una postura ecléctica o mixta, asumiendo que en los delitos de insolvencia punible existe una lesión o puesta en peligro tanto de un bien jurídico personal como colectivo. Llama poderosamente la atención el encontrar en este grupo de ordenamientos a los de países que constituyen los más importantes referentes en lo que se refiere a Derecho Penal continental. Esto, por la ya mencionada aceptación general que han acaparado en el último tiempo las teorías que establecen como bien jurídico protegido, exclusivamente a uno de carácter individual, como el patrimonio o la propiedad privada.

Entre estos ordenamientos jurídico-penales podemos señalar:

- Código Penal de España en “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico”. En este mismo título encontramos grupos de delitos tan diversos como: por una parte el robo, la estafa, la apropiación indebida, la usurpación, etc. Y por otra, delitos contra el mercado, contra los consumidores, delitos societarios, etc.

- Código Penal de Alemania. Existe un título específico dedicado a esta clase de delitos llamado “Hechos punibles de quiebra”. En este caso también observamos que estos delitos se encuentran junto a otros que tutelan bienes jurídicos muy diferentes, tanto individuales como colectivos, como la estafa, falsificación de documentos, delitos contra la libre competencia, delitos ambientales, etc.

3.5. El caso de Chile

En nuestro país el panorama es bastante claro y a nuestro juicio no reviste mayor discusión. De la simple lectura de delitos enumerados en la Ley de Quiebras (artículos 219 y 220) se desprende que su objeto jurídico es el derecho de prenda común de los acreedores sobre el patrimonio del deudor para satisfacer sus créditos. Por lo tanto, resulta más interesante analizar el artículo 466 del Código Penal chileno, el único en todo este cuerpo normativo que se refiere a los delitos relacionados con la insolvencia punible y que hace alusión a los fraudes del deudor no dedicado al comercio.

Este tipo penal lo encontramos en el libro II, formando parte del título IX, llamado “Crímenes y delitos contra la propiedad”. Haciendo la misma relación que en las legislaciones penales de otros países, algunos delitos ubicados en el mismo título son: robo, hurto, usurpación, estafas, apropiación indebida, etc. Todos delitos que lesionan bienes jurídicos individuales.

Sin embargo, más elocuente que aquello aún, resulta el hecho de que todos estos tipos penales, en especial el del artículo 466, se encuentran en la parte final del Libro II, muy lejos en términos de la estructura del Código Penal, de los delitos que atentan contra bienes jurídicos de carácter colectivo, por ejemplo, aquellos tipos comprendidos en títulos como “Crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado” o “Crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado”, todos ellos ubicados al inicio del Libro II.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, cabe concluir que nuestro código penal ha recogido la doctrina individualista de la quiebra, pues no incluye los fraudes del deudor no comerciante (del artículo 466) en la sección dedicada a los delitos contra la fe pública, ni en los relativos a la industria y al comercio, sino en los delitos contra la propiedad, junto a otros delitos como los ya señalados con anterioridad.

Por lo tanto, no obstante que al llegar al final de la protección penal de cada valor fundamental para la sociedad, siempre nos encontraremos frente a un bien jurídico de carácter colectivo, los delitos de insolvencia punible, sin duda, protegen directamente a un bien jurídico de carácter personal y no colectivo.

En cuanto al bien jurídico específicamente protegido, es menester señalar, que si bien se desprende del texto legal que el bien jurídico protegido por los tipos penales comprendidos en el título IX es la propiedad, Vivian Bullemore y John MacKinnon han señalado al respecto que “atendiendo a este concepto amplio de propiedad, inclusive de situaciones jurídicas diversas en sentido estricto, basado en el hecho irrefutable de la extensión de la protección penal a fenómenos tales como la posesión o la mera tenencia, se ha ido imponiendo el criterio mayoritario de que el bien jurídico protegido es, en verdad, el patrimonio”.¹⁹

Por ende, de ahora en más, consideraremos como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible, al patrimonio, específicamente, al de los acreedores.

¹⁹ Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Lexis Nexis. Chile, 2005. Pág 68.

Capítulo 4

Estudio del tipo objetivo de los delitos de insolvencia punible

En el presente capítulo efectuamos un análisis general de los elementos del tipo objetivo que son comunes a todos los delitos de insolvencia punible. Las particularidades de cada uno de estos se estudiarán más adelante, en un capítulo separado, al igual que el tipo subjetivo.

Cabe señalar que aún cuando el bien jurídico protegido forma parte del tipo objetivo, dada la relevancia de su estudio, le hemos dedicado a éste un capítulo especial (ver Capítulo 3).

4.1. Acción

Ya hemos señalado que en la Ley de Quiebras se ha establecido un sistema de presunciones, tanto de quiebra culpable como fraudulenta. De la simple lectura del articulado se puede inferir que la quiebra sólo sería sancionable penalmente, si se produce como consecuencia de la materialización de alguna de las presunciones de los artículos 219 y 220.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia²⁰ nacional han aceptado, en su mayoría, que lo que realmente hizo el legislador al crear estas presunciones, es tipificar las conductas prohibidas. Etcheberry, por ejemplo, señala que “las disposiciones que establecen presunciones en realidad no tienen tal papel, sino una verdadera función tipificadora. Esas normas solamente tipifican las conductas: no son presunciones ni de dolo ni de culpa.”²¹

²⁰ “Las llamadas presunciones de quiebra fraudulenta o culpable no son sino hipótesis en las cuales se ha provocado la insolvencia por conductas dolosas o culpables...”. Fallo pronunciado por la primera sala de la Corte de Apelaciones de Stgo. Rol. 12957-2000. 5 de Mayo de 2003.

²¹ Etcheberry O., Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. Pág. 382.

Bullemore y MacKinnon, en concordancia con Etcheberry, afirman que “dichas presunciones en realidad no son tales, sino tan sólo un muy mal modo de tipificar las conductas punibles”.²²

Desde esa misma perspectiva, Puga Vial, explica que “el pagar en perjuicio de los demás acreedores, el otorgar contratos simulados, el llevar irregularmente la contabilidad o no llevarla siquiera, el hacer donaciones desproporcionadas, etc., todas ellas son figuras en que es manifiesta la ilicitud;”, y agrega que “todos y cada uno de los actos de bancarrota, en su debido contexto y correctamente interpretados, son ilícitos en sí, contrarios al ordenamiento jurídico...”, por último, concluye señalando que “ya no hay un delito de quiebra, sino tantos delitos como hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta señale la ley”.²³

Asimismo, Garrido Montt, refiriéndose a los tipos penales descritos en la Ley de Quiebras, señala que “en realidad se ha mantenido una forma que tradicionalmente se ha empleado para describir esos tipos penales, cuya aparente explicación indicaría en que lo hace una ley no penal”, y concluye diciendo que “de manera que no constituyen jurídicamente presunciones de naturaleza probatoria de tales delitos, sino simplemente descripciones de los comportamientos prohibidos”.²⁴

Esta es también la posición más aceptada en la doctrina desarrollada por juristas del Derecho Comercial. Es el caso de Ricardo Sandoval López, quien afirma que “lo que existe ahora son presunciones simples de quiebra culpable o fraudulenta, que son meras descripciones de tipos o figuras penales”.²⁵

²² Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Lexis Nexis. Pág. 141.

²³ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 38.

²⁴ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 303.

²⁵ Ver Puga Vial. Ob. Cit. Pág. 39.

Por lo tanto, no cabe duda alguna, los artículos 219 y 220 no hacen más que tipificar conductas prohibidas, figuras delictivas, dolosas y culposas, por lo cual, de ahora en adelante serán tratadas y estudiadas de acuerdo a lo que son: tipos penales.

En cuanto a la acción misma, ésta consiste en provocar o agravar, dolosa o culposamente, el estado de insolvencia o crisis patrimonial, incurriendo el deudor en alguna de las conductas descritas en la legislación concursal penal.

4.2. Sujetos

4.2.1. Sujeto activo

El sujeto activo de un delito es el agente que ejecuta la conducta ilícita. En relación con los delitos de la quiebra es necesario distinguir entre los tipos penales estipulados en la Ley de Quiebras N ° 18175 y el artículo 466 del Código Penal.

En cuanto a los delitos de la Ley de Quiebras, es indudable que son de sujeto activo calificado, esto quiere decir que únicamente las personas que tiene una calidad específica pueden cometerlos. Podemos catalogar a estos ilícitos como “delitos especiales impropios”, que de acuerdo a Bullemore y MacKinnon se trata de delitos en que la calidad del sujeto activo sólo fundamenta una modificación de la responsabilidad legal, a diferencia de los delitos especiales propios en que dicha calidad es el fundamento mismo de la existencia del delito y de la responsabilidad penal.²⁶

Es claro y pacífico en la doctrina que el sujeto activo de los delitos contemplados en la Ley de Quiebras tiene como primer requisito el ser deudor. Sin embargo, esto no es suficiente, pues si observamos el título XIII de la misma ley, llamado “De los delitos relacionados con las quiebras”, su primer artículo, el 218, al referirse a la calificación de la quiebra se remite al concepto de deudor del artículo 41. **Dicha disposición hace alusión a aquel deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, por lo que éste viene a ser el sujeto activo principal de esta clase de delitos.**

²⁶ Bullemore, Vivian / MacKinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte General” Tomo II. Editorial Lexis Nexis. Chile, 2005. Pág. 21.

La jurisprudencia ha establecido 3 exigencias para definir si se está o no ante el deudor del Art. 41 de la Ley N ° 18.175: “primero, que dicho deudor desarrolle la actividad a nombre propio, con lo cual no serían comerciantes aquellos que tienen el carácter de socios, representantes, factor o trabajadores de una sociedad comercial, con lo cual el titular de una deuda no podría ser aquellas personas sino los que tengan el carácter de principales. Se sostiene que el factor de comercio, no es el comerciante, porque actúa a nombre de otro y no se constituye por esa circunstancia en deudor calificado, como tampoco podrían ser los socios de una sociedad comercial, salvo si éstos responden solidariamente de las obligaciones sociales. En segundo lugar, se expresa como requisito, que se ejerza la actividad con habitualidad, lo cual significa que se practiquen actos propios de un oficio, facultad o profesión, por lo que no puede decirse que una persona lo haga, si se trata de conductas aisladas. Finalmente, se dice que debe concurrir también como requisito, el que exista un ejercicio profesional dentro del comercio, porque comerciante es aquel que hace del comercio su profesión habitual, lo cual significa que en este rubro debe existir profesionalismo; que la persona explote un negocio comercial, industrial, minero o agrícola a nombre propio con fines de lucro, característica, que según el recurso, se extraería de la voz ejercer que emplean los artículos 41 y 43 N° 1 de la Ley de Quiebras y es como lo define por lo demás el diccionario”.²⁷

No obstante, aún cuando es el deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, el sujeto activo más habitual de los delitos de la Ley de Quiebras, es menester señalar que **los artículos 232 y 233 de la ley establecen la posibilidad de sancionar por quiebra culpable o fraudulenta y como autores del delito a otros sujetos, tales como gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, además de representantes de un deudor quebrado que sea persona natural.**

²⁷ Fallo pronunciado por la segunda sala de la Corte Suprema. Rol N ° 352-04. 29 de Marzo de 2005.

Es importante considerar que es el juez civil el que en la resolución que declara la quiebra determina si el deudor es o no de aquéllos que comprende el artículo 41.

Respecto del artículo 466 del Código Penal, éste comienza refiriéndose a “El deudor no dedicado al comercio...”, lo que nos sugiere que cualquier persona cabe dentro de las hipótesis delictivas que luego se señalan, a excepción del deudor que se dedica a actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas.

Discrepamos, en esta materia, de la opinión de Mario Garrido Montt, quien, refiriéndose a todos las figuras concursales, señala que “los delitos de la quiebra son especiales porque requieren de un sujeto calificado, que debe tener la calidad de deudor. Sólo aquellos que han contraído deudas pueden ser declarados en quiebra”.²⁸

A diferencia de lo que sostiene Garrido Montt, estimamos que en el caso del artículo 466 del Código Penal estamos en presencia de un sujeto activo común, pues toda persona, salvo el deudor del artículo 41 de la Ley de Quiebras, puede incurrir en estos delitos. No se requiere poseer una calidad especial para realizar la conducta descrita en el artículo 466 del Código Penal, sino más bien, el agente requiere esta calidad específica (dedicarse a actividades industriales, mineras o agrícolas) para que su acción u omisión sea abarcada por alguno de los delitos del Título XIII de la ley y no por el artículo 466.

Aclarado el punto anterior, es necesario abordar ahora lo relativo a las dudas generadas por la redacción del artículo 466 del Código Penal. Como ya hemos señalado, este artículo trata la situación del “deudor no dedicado al comercio”, sin embargo, el texto del artículo 41 de la Ley de Quiebras dice “El deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola...”.

²⁸ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 302.

Uno de los problemas que presenta el texto de estos artículos, es, de acuerdo con Puga Vial, el hecho de que “los deudores que ejercen actividades agrícolas o mineras son también deudores no dedicados al comercio”²⁹.

Según nuestro parecer, el artículo 466 abarcaría a todos aquellos deudores a los que no se refiere el artículo 41 de la Ley N ° 18.175, vale decir, a los deudores que no ejerzan actividades relacionadas con el comercio, la industria, la minería o la agricultura.

Respecto de este tema, Alfredo Etcheberry ha sostenido que “en verdad, todos los casos del Art. 466 son en el fondo sólo distintas hipótesis de insolvencia fraudulenta del deudor no comprendido en el Art. 41 de la Ley de Quiebras.”³⁰

Finalmente, es menester señalar que el Art. 234 de la Ley N ° 18.175 dispone en su inciso primero que “las disposiciones del presente Título no se aplicarán al deudor no comprendido en el artículo 41, el que quedará sujeto a las prescripciones del Código Penal”, norma que viene a confirmar lo anteriormente establecido.

²⁹ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 77.

³⁰ Etcheberry O., Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. Pág. 388.

4.2.2. Sujeto pasivo

Se entiende por sujeto pasivo de un delito al titular del bien jurídico lesionado o que se ha puesto en peligro. Por lo tanto, la determinación del sujeto pasivo en los delitos de la quiebra dependerá, en gran medida, del bien jurídico que entendemos protegido en éstos.

Por ende, si se considera que el objeto jurídico de estos delitos es el orden público económico o la economía nacional, el sujeto pasivo vendría a ser el Estado. Si se entiende que es la fe pública o la confianza en los negocios, el sujeto pasivo sería la sociedad toda, y si se piensa que es la administración de justicia el bien jurídico protegido, el sujeto pasivo va a ser la función jurisdiccional del Estado.

Para quienes han sostenido que los delitos de insolvencia punible son pluroifensivos, existiría más de un destinatario del bien jurídico. Por ejemplo, primariamente el Estado y de forma accesoria, los acreedores, o viceversa.

Como nuestra opinión en esta materia ha sido categórica, en el sentido de que consideramos como objeto jurídico de los delitos de la quiebra al patrimonio, sostenemos que el sujeto pasivo de los mismos son los acreedores.

Sin embargo, existe otro debate con respecto a este tema, consistente en si se considera sujeto pasivo a los acreedores de forma particular, o al conjunto de ellos como una masa. En esto coincidimos con Puga Vial cuando señala que “la masa de acreedores es más una ficción legal que una realidad. La masa de acreedores es una entidad abstracta que representa la junta de acreedores, pero que en sí

misma no es titular de derechos ni obligaciones y menos aún de bienes jurídicos”.³¹

En consecuencia, entendemos que, como sujeto pasivo de los delitos concursales, los acreedores deben considerarse singularmente.

³¹ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 83.

4.3. Objeto material

El estudio del objeto material no reviste la importancia que suele otorgársele al del bien jurídico. Tampoco ha desatado el nivel de disputas ni generado tantas teorías como éste. Sin embargo, no deja de ser relevante determinar cuál es la cosa material o jurídica sobre la que recae la realización del acto delictivo.

Refiriéndose al objeto material en los delitos de la quiebra, Puga Vial señala que “es el menoscabo de la propia hacienda lo que constituye el objeto de estas hipótesis delictivas”.³² Según Daniel Eduardo Rafecas “el objeto de ataque de la acción u omisión de los delitos de quiebra, resulta indudable que es el patrimonio del fallido, en tanto acervo de garantía para la satisfacción de los créditos por parte de los acreedores nucleados en la masa”³³.

No existen dudas acerca del objeto material en esta clase de delitos: es el patrimonio del deudor, del fallido o quebrado, aquello sobre lo que se materializa la conducta típica. El deudor concreta la acción dolosa o culposa contra su propio patrimonio, intentando evadir el cumplimiento de las obligaciones comerciales contraídas con sus acreedores y acrecentando la situación de insolvencia.

Lo que sí resulta susceptible de controversia es qué entendemos por patrimonio del concursado. No es nuestra intención explicar las distintas teorías que se han elaborado sobre el patrimonio (clásica, jurídica, económica, etc.), sino restringir el concepto de “patrimonio del fallido” estableciendo cuáles son los elementos que lo componen.

³² Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 85.

³³ Rafecas, Daniel Eduardo. “Delito de quiebra en Argentina”. Material de estudio Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Pág. 3.

Beneytez Merino sostiene que “se trata de una denominación genérica que comprende todos los elementos del activo patrimonial, tanto materiales como inmateriales, sobre los que sería posible trabar embargo en un eventual proceso ejecutivo para hacer efectivo el crédito. La embargabilidad es la nota que circunscribe los elementos patrimoniales”.³⁴

En tanto, Vives Antón, cuando se refiere a los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor (como objeto material), afirma que “naturalmente, tales bienes pueden ser cosas o derechos” y aclara “pero, en todo caso, han de tener la cualidad de embargables y hallarse, en consecuencia, sujetos al cumplimiento de las obligaciones”. Más adelante, señala que “las simples expectativas, en tanto no son bienes, no pueden constituir el objeto material”.³⁵

Puga Vial concluye que “en la noción de patrimonio, entonces, hemos de comprender todos aquellos bienes a los cuales la ley les asigna la calidad de garantía para los acreedores. Se incluyen los derechos reales, salvo los personalísimos; los derechos personales, los intangibles, la propiedad industrial o comercial, etc.”³⁶

Por lo tanto, entendemos que el patrimonio del fallido, como objeto material de los delitos de insolvencia punible, comprende todos los bienes, muebles e inmuebles, derechos, activos, presentes y futuros, valores y obligaciones susceptibles de apreciación económica o comercial y con capacidad de ser embargados, que constituyen una garantía para los acreedores.

³⁴ Beneytez Merino, Luis. En: “Derecho penal económico”. Bacigalupo, Enrique (Director). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000. Pág. 254.

³⁵ Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac. “Derecho penal. Parte especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 444.

³⁶ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 86.

4.4. Conducta, nexa causal y resultado.

Este aspecto de la materia, sin duda, goza de un mayor consenso. **Nadie parece discutir que en la Ley de Quiebras se admiten tanto delitos de acción como de omisión.** A modo de ejemplo, mientras que hacer donaciones y prestar fianzas desproporcionadas o perder fuertes sumas en juegos o apuestas cuantiosas (nos referimos al deudor insolvente), son conductas que se verifican de forma comisiva, el no solicitar la quiebra (caso del artículo 41), el no llevar libros o el no cumplir las obligaciones contraídas en un convenio precedente son comportamientos eminentemente omisivos.

Respecto del artículo 466 del Código Penal, éste sólo contempla hipótesis comisivas. Así, la ocultación, dilapidación, enajenación maliciosa y el otorgamiento de contratos simulados son conductas que, a nuestro juicio, necesariamente se materializan de forma comisiva.

Por otra parte, es menester señalar que los delitos de la quiebra pueden encasillarse dentro de la categoría de delitos cometidos por medios inmateriales, incorporales o morales.

En cuanto al nexa causal, entendemos que se aplican las reglas generales sobre imputación objetiva. No pretendemos ahondar sobre este punto, puesto que no se observan diferencias respecto de otros delitos relacionados.

Finalmente, en cuanto al resultado de los delitos de insolvencia punible, coincidimos con lo señalado por Bullemore y MacKinnon, en el sentido de que “en todos estos tipos penales, el resultado evidente es el perjuicio patrimonial de los acreedores. Si, en definitiva, no nos encontramos frente a dicho perjuicio, no existe delito, por atipicidad objetiva.”³⁷

³⁷ Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Lexis Nexis. Chile, 2005. Pág. 144.

De igual forma, Etcheberry sostiene que “estos delitos son concebidos por la ley como defraudaciones. Por lo tanto, su primer e indispensable elemento es el perjuicio de los acreedores. Este perjuicio consistirá en perder el todo o parte de sus créditos. Si el producto de la liquidación de los bienes del deudor basta para pagar íntegramente créditos, intereses y costas, de modo que no exista en definitiva perjuicio alguno para los acreedores, no hay delito”.³⁸

Disentimos entonces, en esta materia, de la opinión de Puga Vial cuando afirma que “en la mayoría de las figuras de quiebra culpable no se contempla como ingrediente del tipo el resultado dañino” y concluye señalando que estos delitos se castigan “sin que sea menester para su perfeccionamiento o consumación la concurrencia de un resultado perjudicial”.³⁹

Por lo tanto, entendemos que el resultado en todos estos delitos, es el perjuicio, detrimento o menoscabo del patrimonio de los acreedores.

³⁸ Etcheberry O., Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. Pág. 380.

³⁹ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 119.

Capítulo 5

Análisis de los delitos de la Ley de Quiebras

El artículo 218 de la Ley de Quiebras establece la comúnmente utilizada división tripartita de la quiebra (en rigor, debiera calificarse el estado de insolvencia), quiebra fortuita, culpable y fraudulenta.

Evidentemente la quiebra fortuita queda fuera de nuestro análisis, puesto que se trata de casos en los que no existe ningún hecho que deje en evidencia la concurrencia de culpa o dolo en el deudor o en los que la insolvencia sobreviene por causas que el deudor no estaba en condiciones de controlar. En consecuencia, no implican la intervención del Derecho Penal.

Antes de entrar a estudiar en detalle cada uno de los delitos concursales, es importante señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han determinado que **los casos de quiebra culpable y fraudulenta descritos en los artículos 219 y 220 de la Ley N ° 18175 son los únicos existentes en nuestra legislación**⁴⁰.

Aclaremos que para realizar un examen ordenado sobre los ilícitos, nos regiremos por la clasificación que adopta la Ley de Quiebras, la cual atiende al componente subjetivo de los mismos.

Desde luego nuestro trabajo está enfocado principalmente en la figura del deudor insolvente, por lo que, tanto el análisis de las complicidades de quiebra fraudulenta, como el de los delitos cometidos por personas distintas del fallido (administradores de personas jurídicas, factores o representantes del quebrado, ascendientes o descendientes del mismo, síndicos de quiebras, etc.), materias

⁴⁰ Ver Etcheberry O., Alfredo. "Derecho Penal. Parte Especial". Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. Pág. 383. Y, Garrido Montt, Mario. "Derecho Penal. Parte Especial". Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 310.

que, sin duda nos parecen muy relevantes, quedarán para una investigación posterior.

5.1. Delitos de quiebra culpable

En primer lugar, es necesario precisar que la voz “quiebra culpable” en realidad hace referencia a la culpa (entendida como elemento del tipo subjetivo) y no a la culpabilidad (entendida como juicio de reproche). En rigor, la quiebra a que se refiere el artículo 219 de la Ley N ° 18175, debiera catalogarse como “culposa”.

Sin embargo, la expresión “culpable” ha sido utilizada también en países como España o Argentina, provocando dudas y hasta problemas de interpretación. Bacigalupo, con razón, advierte que la quiebra culposa ha sido “construida con una marcada dependencia, en cuanto a la clasificación, del criterio comercial y una inexplicable identificación del término culpable con culposa, negligente”.⁴¹

Pese a su inexactitud y a que creemos que debe ser objeto de una modificación, en este análisis seguiremos la denominación que hace el texto legal, por lo que hablaremos de “quiebra culpable”.

Desde luego que la tipificación de las figuras delictivas que realiza la Ley de Quiebras ha sido objeto de duras críticas por parte de todos los sectores doctrinarios. Una de las controversias que se ha suscitado por la redacción y clasificación de estos tipos penales tiene relación con que algunas de las figuras que se encuentran contenidas en el artículo 219, como “presunciones” de quiebra culpable, pueden verificarse con dolo (a lo menos con dolo eventual). Mas aún, se discute si conductas como el “pagar a un acreedor en perjuicio de los demás”, exigen o no la presencia del elemento volitivo.

⁴¹ Donna, Edgardo. “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001. Ob. Cit. Pág. 657.

Sobre esta particular situación, Bullemore y MacKinnon han señalado, en referencia al artículo 219, que “se estima que sus conductas son arriesgadas o imprudentes con relación a sus negocios y a la posibilidad de cumplir sus compromisos para con sus acreedores, aunque en algunos casos concretos puede existir un propósito directo de perjudicar a los acreedores. En otros casos, el artículo 219 apunta a otras conductas difícilmente concebibles como culposas”.⁴²

Desde igual perspectiva, Garrido Montt afirma que “el tipo subjetivo respecto de las conductas enumeradas en el artículo 219, puede ser, según las circunstancias, atribuible a culpa o dolo”.⁴³

Puga Vial es aún más osado y asegura que “con arreglo a una interpretación sistemática del Código Penal resultaría que los delitos de quiebra culpable son figuras dolosas y no culposas”.⁴⁴

Esta última teoría ha sido recogida incluso, en algunos casos, por la jurisprudencia⁴⁵, la cual ha sido contradictoria en la materia.

Como podemos observar, es indudable que existe un problema en la redacción y en la forma de agrupar las conductas que la Ley N ° 18175 ha querido sancionar. **Se ha optado por clasificarlas atendiendo al elemento subjetivo, sin embargo, esta clasificación es inexacta y genera bastante confusión.**

⁴² Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Lexis Nexis. Chile, 2005. Pág. 141.

⁴³ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 309.

⁴⁴ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 118.

⁴⁵ Fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N ° 54.165-96. “las figuras de quiebra culpable que no contemplan un resultado dañino en su tipo, son atípicas en el evento de ser cometidas a título de culpa”.

Nuestra opinión la entregaremos a continuación, al momento de analizar el tipo subjetivo de cada delito.

A. Pagar a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos. (Art. 219 N ° 1).

Esta figura viene a ser una forma de sancionar cualquier tipo de contubernio o connivencia oculta entre el deudor y algún acreedor, para privilegiar a éste último de forma indebida.

El deudor que incurre en esta conducta disminuye su patrimonio, otorgando una ventaja injusta a uno (o más) de los acreedores. Por ende, entendemos que esta norma tiene como primer objetivo el asegurar la integridad del patrimonio del fallido, en tanto garantía común de los acreedores. El patrimonio debe destinarse, completamente, al pago de los créditos de estos. Sin embargo, vela también porque no se produzca un desequilibrio, con el que se vean perjudicados los demás acreedores.

Esto deriva de un antiguo principio conocido como la *par conditio creditorum*, que se refiere al derecho con que cuentan todos los acreedores a una distribución igualitaria del patrimonio del quebrado, vale decir, a ser pagados en la parte de éste último que les corresponde. Beneytez Merino ha resumido este principio al señalar que “todos los acreedores, por principio, están sometidos a una situación de comunidad de pérdidas”.⁴⁶ Por otra parte, Gimbernat advierte que “no se trata de una *par conditio* sustantiva, como lo denota el hecho de que el acreedor beneficiado puede ser un acreedor preferente”.⁴⁷

⁴⁶ Beneytez Merino, Luis. En: “Derecho penal económico”. Bacigalupo, Enrique. (Director). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000. Pág. 275.

⁴⁷ Gimbernat, Enrique / Cotillas, Carlos / Mestre, Esteban / Martínez, Gema / Alkorta, Mariana. “Código Penal. Con concordancias y jurisprudencia”. Editorial Tecnos. 2003. España.

En España y Alemania, a este delito se le conoce como “favorecimiento de acreedores”.

Sobre esta figura, Vives Antón ha señalado que “en realidad nos encontramos ante comportamientos en que el deudor burla la preferencia de créditos, entregando bienes o adquiriendo deudas, en perjuicio de los acreedores”.⁴⁸ A su vez, Queralt Jiménez agrega que “de esta suerte, al preferir a unos acreedores sobre otros, se produce una insolvencia mayor, cuando no ya total, respecto del resto de los acreedores”.⁴⁹

Respecto del objeto material de este delito, Quintero Olivares sostiene que “ese acto de disposición patrimonial ha de recaer en bienes incluidos en la masa del concurso o bienes que, sin estar en esos capítulos de la ejecución concursal, hubieran debido estarlo”. Pero aclara que se requiere que el acto se haya realizado “sin autorización judicial o de los órganos del estado concursal de que se trate”.⁵⁰

En Argentina, la conducta está descrita como “Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”.⁵¹ Donna ha explicado que “la ventaja puede recaer sobre la totalidad de los bienes del activo o sobre parte de ellos, pero siempre debe ser indebida, esto es, que el acreedor no pueda tenerla, frente a los demás acreedores. La legitimidad, en este caso, excluye el tipo.”⁵²

⁴⁸ Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac. “Derecho penal. Parte especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 452.

⁴⁹ Queralt Jiménez, Joan. “Derecho Penal Español. Parte Especial”. Editorial Atelier. Barcelona. 2002. Pág. 500.

⁵⁰ Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F. / Valle Muñoz, J. M. / Prats Canut, J. M. / Tamarit Sumalla, J. M. / García Albero, R. “Comentarios al Nuevo Código Penal “. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005. Pág. 1323.

⁵¹ Artículo 176. Inciso 3° del Código Penal.

⁵² Donna, Edgardo. “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001. Pág. 670.

Tipo subjetivo

Las expresiones más relevantes de esta disposición, para efectos del tipo subjetivo, son “en perjuicio de los demás”. Esto, a nuestro juicio, implica que se exige la presencia de un elemento volitivo, por lo que este tipo penal requiere, a lo menos, de dolo eventual (prever y aceptar el resultado). No concebimos la posibilidad de castigar a título de culpa.

Es más, la mayoría de la doctrina española ha estimado que este delito exige la concurrencia, únicamente, de dolo directo. Así, Beneytez Merino ha dicho que “en el aspecto subjetivo es necesario el dolo directo. Se exige en el deudor la intención de favorecer a algún acreedor en perjuicio de los demás”.⁵³

Queralt Jiménez agrega un importante elemento al señalar que “alegar ignorancia es impensable: la juridificación de los procedimientos y la no despreciable circunstancia de que en estas situaciones críticas nadie actúa sin asesoramiento legal”.⁵⁴

En Alemania, el Código Penal exige que se favorezca a algún acreedor, perjudicando “intencional o conscientemente” a los demás, con lo que se estaría dando cabida al dolo eventual.

Respecto de la conducta desplegada por el acreedor, Serrano Gómez afirma que “el acreedor de buena fe que cobra lo que le paga el deudor no incurre en responsabilidad penal. Sí responderá si hubo un acuerdo entre ambos en perjuicio de otros acreedores”.⁵⁵

⁵³ Beneytez Merino, Luis / Bacigalupo, Enrique. “Derecho penal económico”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000. Pág. 276.

⁵⁴ Queralt Jiménez, Joan. “Derecho Penal Español. Parte Especial”. Editorial Atelier. Barcelona. 2002 Pág. 501.

⁵⁵ Serrano Gómez, Alfonso. “Derecho Penal. Parte especial”. Editorial Dykinson. Madrid. 2004. Pág. 454.

B. Realizar gastos excesivos, domésticos o personales, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia. (Art. 219 N ° 2).

En este caso la conducta descrita se refiere a la situación del deudor que efectúa gastos descompensados o desproporcionados. Estos gastos no están relacionados con el giro comercial, puesto que la Ley de Quiebras especifica que se trata de gastos particulares, domésticos o personales.

Por otra parte, la expresión “excesivos” se relativiza al señalar que se debe tomar en cuenta el capital del deudor, su posición social y los miembros de su familia. El juez sopesa los gastos realizados con estas tres realidades.

La doctrina nacional ha establecido, interpretando la Ley de Quiebras, que ésta autoriza al deudor a gastar hasta la medida de los “gastos congruos”, que de acuerdo con el artículo 323 del Código Civil son los que permiten “subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”. Sobre el mismo punto, Puga Vial ha señalado que “el deudor siempre tiene derecho a una modesta subsistencia, aunque ésta se logre sólo gracias a un menoscabo del capital mismo”.⁵⁶

Es menester resaltar que la Ley no exige que los gastos excesivos provoquen o agraven la insolvencia del deudor.

En España, el artículo 888 del Código de Comercio, que establece los casos de quiebra culpable, en su numeral 1° se refiere a los gastos “excesivos y desproporcionados” del deudor y establece que se deben apreciar las “circunstancias de su rango y familia”.

⁵⁶ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 131.

En Argentina, Donna ha señalado que el “carácter excesivo del gasto no se mide por la cantidad únicamente, sino por la racionalidad y razonabilidad”.⁵⁷

Tipo subjetivo

En la doctrina española se ha venido imponiendo claramente una posición, luego de la dictación del Código Penal de 1995.

Como señalamos con anterioridad, el Código Penal español de 1995 había logrado regular totalmente los hechos punibles de quiebra, y como afirma Vives Antón, con aquello “se pone fin a la dependencia material del Derecho Penal del Derecho Privado”.⁵⁸

Una de las consecuencias más relevantes de esta nueva estructura del ordenamiento concursal penal hispano fue, sin duda, la exclusión de la forma culposa en la provocación del estado de insolvencia. En palabras de Quintero Olivares el Código Penal de 1995 permitió “prescindir del castigo de la denominada insolvencia culpable, referidas a ciertas conductas negligentes en lo mercantil”.⁵⁹ Por lo tanto, en España queda absolutamente descartada la sanción a título de culpa para estos delitos.

Dado lo anterior, la mayoría de los autores han establecido que la conducta descrita en el N ° 1 del artículo 888 del Código de Comercio español (gastos excesivos y desproporcionados) debe sancionarse como “provocación o agravamiento doloso de la situación de insolvencia” (artículo 260 del Código Penal español) .⁶⁰ En España entonces, se trata de un delito doloso.

⁵⁷ Donna, Edgardo. “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001. Pág. 676.

⁵⁸ Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac. “Derecho penal. Parte especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 454.

⁵⁹ Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F. / Valle Muñoz, J. M. / Prats Canut, J. M. / Tamarit Sumalla, J. M. / García Albero, R. “Comentarios al Nuevo Código Penal “. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005. Pág. 1311.

⁶⁰ Ver Beneytez Merino, Luis. En: “Derecho penal económico”. Bacigalupo, Enrique (Director). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000. Pág. 266.

Sin embargo, esta no es la situación que presenta nuestra legislación. Nuestro Código Penal, como ya lo hemos mencionado, contiene un sólo artículo que trata los fraudes del deudor, y se refiere al deudor no comerciante. Por lo que el grueso de nuestra legislación concursal penal la encontramos en la Ley de Quiebras. Y ésta, en su artículo 219, admite el castigo a título de culpa de determinadas conductas, aún cuando en algunas de ellas se exige algo más que la mera imprudencia o negligencia.

Además, el tipo penal del N ° 2 del artículo 219 no hace ninguna referencia a la exigencia de un elemento volitivo para su configuración. No se requiere un ánimo de perjudicar a los acreedores, ni de agravar el estado de insolvencia. Por ende, entendemos que esta figura delictiva admite tanto el dolo como la culpa.

La doctrina argentina también se ha pronunciado a favor de que este delito es posible tanto dolosa como culposamente.⁶¹

Disentimos, de acuerdo a lo expuesto, de la opinión de algunos autores nacionales que han seguido la doctrina española. Puga Vial, por ejemplo, ha señalado que “la figura en cuestión es dolosa y no culposa, habida consideración de que es inimaginable que los gastos excesivos sean resultado de una imprudencia del fallido”.⁶²

⁶¹ Autores como Daniel Carrera y Ricardo Núñez. Ver Donna, Edgardo. “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001. Pág. 676.

⁶² Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 132.

C. Perder fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa. (Art. 219 N ° 3).

El aspecto más importante del análisis de esta figura, dice relación con establecer qué se entiende por “fuertes sumas”. La subjetividad de su significado ha provocado que parte de la doctrina afirme que queda en manos del juez el determinar si se está en presencia o no de la pérdida de “fuertes sumas”.

Si bien lo ideal sería que la Ley entregara un criterio para catalogar la suma de dinero perdida como “fuerte” (como lo hace en el caso de los gastos excesivos en que considera el capital, rango social y los miembros que componen la familia del deudor), pensamos que se debe atender al objeto material de la conducta, es decir, al patrimonio del fallido y a su tamaño, para determinar si se configura o no el tipo objetivo.

En España, esta figura es abarcada por dos numerales (2 ° y 3 °) del artículo 888 del Código de Comercio. En ellos, se hace referencia a las pérdidas “en cualquier especie de juego que excedan de lo que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia” (N ° 2) y las sufridas “a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas” (N ° 3).

Es menester señalar que la norma española es bastante más específica que la estipulada en el N ° 3 de nuestro artículo 219, por cuanto entrega a “lo que por vía de recreo se suele aventurar” y al “cuidadoso padre de familia” como criterios comparativos a la hora de medir las sumas perdidas en juegos.

En Argentina, en tanto, la conducta en cuestión está descrita como “especulaciones ruinosas” (término bastante amplio y abstracto), además de hacer referencia al “juego”.

Respecto de las operaciones bursátiles, entendemos que el calificativo de “aventuradas” implica que éstas deben representar un riesgo superior al normal que acarrea este tipo de diligencias. No deben existir fundamentos plausibles que lleven a realizar estas operaciones de bolsa.

Esta exigencia no rige para el juego (se incluyen aquellos de habilidad o destreza) o la apuesta, pues por muchos argumentos con que cuente el deudor respecto de sus expectativas de un resultado positivo, el juego o la apuesta se considerará igualmente imprudente y temerario.

Finalmente, en Alemania, el § 283 N ° 2 del Código Penal se refiere tanto a la presente conducta, como a la examinada en el apartado anterior. Dicha disposición castiga al deudor que “llegue a deber sumas excesivas por medio de gastos antieconómicos, juegos o apuestas”.

Tipo Subjetivo

Al igual que en la figura anterior, pensamos que esta conducta puede verificarse tanto dolosa como culposamente. Por ejemplo, el deudor puede jugar o apostar grandes cantidades de dinero con la intención de menoscabar su patrimonio para perjudicar a los acreedores o lo puede hacer con una verdadera expectativa de sanear su crítica situación patrimonial.

Coincidimos, entonces, en esta materia con la posición de Garrido Montt, quien ha señalado que “se satisface con el simple descuido o falta de cuidado (culpa) la hipótesis descrita en el N ° 3, cuando el deudor pierde fuertes sumas en cualquier clase de juego, apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa”.⁶³

⁶³ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 310.

D. No solicitar la propia quiebra dentro del plazo (caso deudor Art. 41) o hacerlo de forma incompleta (caso deudor Art.42). (Art. 219 N ° 4)

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley de Quiebras, el deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola debe solicitar la declaración de su quiebra antes de transcurridos 15 días desde la fecha de cesación del pago de una obligación mercantil.⁶⁴

Posteriormente, el artículo 42 de la misma ley le exige al deudor, al momento de solicitar la declaración de su quiebra, presentar ciertos documentos, tales como un inventario, una relación de sus juicios, el estado de sus deudas, etc.

En consecuencia, las conductas que examinamos están relacionadas con el incumplimiento de cualquiera de estas dos cargas que tiene el deudor insolvente dedicado a actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas. Sin duda, estamos ante comportamientos eminentemente omisivos.

Y en vista de lo dispuesto en el Art. 41 podemos afirmar que estamos ante un delito de omisión propia, pues existe una norma que impone expresamente el deber de actuar.

La disposición española equivalente, del artículo 889 del Código de Comercio, reputa como quebrados culpables a quienes “no hubieren hecho su manifestación de quiebra en el término y forma que se prescribe...”.

Tipo subjetivo

Esta figura admite tanto el dolo como la culpa. No se debe confundir el carácter omisivo de la conducta con la configuración de su tipo subjetivo.

⁶⁴ Obligaciones nacidas a partir de los actos de comercio del Art. 3 del Código.

E. Ser declarado en quiebra por segunda vez sin haber cumplido las obligaciones contraídas en un convenio precedente. (Art. 219 N ° 5).

La presente figura castiga al fallido que cae nuevamente en quiebra, sin que se hayan cumplido las obligaciones contraídas en un convenio precedente.

Un convenio, en derecho concursal, es el acuerdo adoptado entre el deudor y sus acreedores que tiene como finalidad evitar una eventual quiebra o alzarla, si ésta ya ha sido declarada.

El convenio extrajudicial puede pactarse con anterioridad a la declaración de quiebra, siempre que sea aceptado por la unanimidad de los acreedores y el deudor haga una exposición del estado de sus negocios.

El convenio judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Quiebras, puede ser de dos clases: preventivo o simplemente judicial, siendo el primero el que se propone antes de la declaración de quiebra y el segundo el que se presenta durante el estado de quiebra.

El tipo se configura con la segunda declaración de quiebra y el incumplimiento de las obligaciones establecidas en cualquiera de estos convenios.

Sin embargo, en el tipo objetivo de esta figura cobra especial importancia el nexo de causalidad, pues el resultado de una segunda declaración de quiebra, debe ser imputable al fallido. Vale decir, el deudor debe haber alcanzado dicho estado como consecuencia de acciones u omisiones atribuibles a su persona.

Tipo subjetivo

El fallido puede haber causado la segunda quiebra dolosamente o ésta puede alcanzarse como consecuencia de haber adoptado una actitud negligente. Por lo tanto, cabe tanto el dolo como la culpa.

F. Ausentarse o no comparecer al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o negarse a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios. (Art. 219 N ° 6).

Esta figura, compuesta por varias hipótesis, está relacionada con la falta de colaboración por parte del deudor para con el tribunal y el síndico, al momento de la declaración de quiebra y en el proceso posterior.

Sin embargo, resulta absurdo que se castigue la ausencia o no comparecencia del fallido si no existe en la Ley de Quiebras una disposición que le imponga a éste la obligación de comparecer al momento de la declaración de quiebra o durante el juicio mismo.

Es más, sólo existen disposiciones que establecen la posibilidad de comparecer como una facultad del deudor y no como una obligación. Por ejemplo, el artículo 45 de la Ley de Quiebras establece que “el juzgado se pronunciará sobre la solicitud de quiebra a la brevedad posible, con audiencia del deudor” y a continuación aclara que “la audiencia del deudor sólo tendrá carácter informativo”.

En cuanto a la comparecencia del deudor a la junta de acreedores, el artículo 103 dispone que “la asistencia de los acreedores y del fallido podrá ser personal o a través de mandatario”. Vale decir, tampoco se exige su comparecencia personal.

Nos parece que un buen ejemplo de cómo debió tipificarse esta conducta es el artículo 889 N ° 3 del Código de Comercio español, el cual se refiere a “los que, habiéndose ausentado al tiempo de la declaración de la quiebra o durante el progreso del juicio, dejaren de presentarse personalmente en los casos en que la Ley impone esta obligación, no mediando legítimo impedimento”. Lo fundamental es que esta disposición sanciona la ausencia del fallido únicamente en los casos en que la Ley lo obliga a comparecer.

La situación difiere respecto de la hipótesis de negarse a dar explicaciones al síndico sobre sus negocios, pues el artículo 27 de nuestra Ley de Quiebras, que trata de las atribuciones y deberes del síndico, establece en su numeral 3° que a éste le incumbe especialmente “exigir del fallido que le suministre la información que juzgue necesaria para el mejor desempeño de su cargo, y le entregue sus libros, papeles y documentos”. Asimismo, el artículo 96 de la misma ley señala que “el fallido está obligado a indicar y a poner a disposición del síndico todos sus libros, documentos, bienes y antecedentes”.

Tipo subjetivo

Como señalamos anteriormente, en esta figura se contemplan distintas hipótesis, por lo que examinaremos el elemento subjetivo por separado.

En lo que se refiere a la ausencia o no comparecencia al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, éstas pueden verificarse tanto culposamente, producto de imprudencia o negligencia, como dolosamente, si el fallido tiene la voluntad de ausentarse, a sabiendas de que debe comparecer.

Sin embargo, respecto de la negación por parte del fallido a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios, este acto implica que el deudor tome conocimiento del requerimiento de información que hace el síndico y aún así se niegue a entregarla. Por lo tanto, entendemos que esta hipótesis sólo puede sancionarse a título de dolo.

G. Prestar fianzas o contraer, por cuenta ajena, obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes. (Art. 219 N ° 7).

La presente figura procura castigar al deudor que, de forma irresponsable, arriesga o hace peligrar su patrimonio (constituyendo éste una garantía para sus acreedores), a través del otorgamiento de fianzas o al contraer obligaciones desproporcionadas por cuenta ajena y sin contar con garantías suficientes.

Un aspecto de la conducta típica que merece ser aclarado es cómo se debe interpretar la expresión “fianza”. Concordamos en esta materia con Puga Vial, cuando señala que “como la ley emplea la voz fianza, no incurre en esta figura el deudor que presta otras cauciones como hipotecas, prendas, o que se constituye en deudor solidario”.⁶⁵

Por lo tanto, debemos interpretarla restrictivamente, de acuerdo a la definición que entrega el Código Civil⁶⁶, dado que entendemos que las normas penales son rígidas o de Derecho estricto.

⁶⁵ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 148.

⁶⁶ Artículo 2335: “obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”.

En cuanto a las “obligaciones desproporcionadas”, contraídas por el fallido en favor de terceros, la ley establece que se debe tener como referencia la “situación que tenía cuando las contrajo”. Vale decir, debe existir, para que se configure el tipo objetivo, una desproporción entre la obligación contraída y el patrimonio del deudor en ese momento.

Por último, el tipo exige como requisito, tanto para el caso de las fianzas concedidas como para el de las obligaciones desproporcionadas contraídas, el no contar con “garantías suficientes”.

Tipo subjetivo

Al igual que en la mayoría de las conductas mencionadas por el artículo 219, la ley no exige un ánimo específico, por parte del fallido, de perjudicar a sus acreedores, ni tampoco el actuar con la finalidad de causar un detrimento a su patrimonio. El deudor puede confiar absolutamente en la honestidad y solvencia de su afianzado, sin embargo, si no cuenta con garantías suficientes, igualmente incurre en este ilícito.

En consecuencia, la conducta en cuestión es posible tanto dolosa como culposamente.

H. Hacer donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas. (Art. 219 N ° 8).

En primer lugar, es importante señalar que la definición de donación la encontramos en el artículo 1386 del Código Civil.⁶⁷ Sin embargo, según Puga Vial, el concepto de donación en Derecho Penal difiere de la noción que entrega el Derecho Civil, pues advierte que para efectos penales, la donación es “un acto de liberalidad sin contraprestación, cualquiera sea la denominación que las partes le atribuyan y siempre que no se trate de una donación encubierta, pues en tal evento estaríamos ante una enajenación simulada”.⁶⁸

El texto legal exige que las donaciones sean desproporcionadas de acuerdo con la situación de fortuna del deudor, al momento de efectuarlas. Esto implica que aquellas se traduzcan en una merma importante del patrimonio que posee el fallido al tiempo de realizar el acto.

Tipo subjetivo

La figura que examinamos es similar a la del artículo 219 N ° 2 (realizar gastos excesivos)⁶⁹, en términos de que el tipo no requiere de un elemento volitivo, de algún ánimo o intención en particular (perjudicar a sus acreedores, disminuir su patrimonio, etc.) para su configuración.

Pensamos que el carácter de “desproporcionadas” de las donaciones, no tiene que ver con el elemento subjetivo de la conducta, al igual que el carácter de “excesivos” en los gastos domésticos. Por el contrario, ambos forman parte de la faz objetiva del tipo.

⁶⁷ “Acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”.

⁶⁸ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 152.

⁶⁹ Ver letra B.

Esta figura solo contempla la sanción a título de culpa. Desde el momento en que existe dolo, ya no estamos ante la conducta del Art. 219 N ° 8, sino que se verifica la hipótesis de quiebra fraudulenta del Art. 220 N ° 12 que se refiere a las donaciones cuantiosas en estado de manifiesta insolvencia.

I. No tener libros o inventarios, o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida, de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo. (Art. 219 N ° 9).

Esta figura forma parte del grupo de delitos denominados “de quiebra documental”. En la quiebra culpable, se castiga la imprudencia con que actuó el fallido en el ámbito contable.

Llevar la contabilidad de forma correcta y ordenada resulta no sólo fundamental para la buena gestión de sus negocios, sino también para que sus acreedores puedan informarse adecuadamente. Esto, sin considerar que los libros contables constituyen importantes elementos probatorios para el comerciante.

El artículo 25 del Código de Comercio señala que los comerciantes deben, necesariamente, llevar cuatro libros: el libro diario, libro mayor, libro de balances y libro copiador de cartas.⁷⁰ Estos documentos sirven, como sugiere el texto legal, para manifestar la “verdadera situación de su activo y pasivo” y evaluar así la conducta del comerciante. Sin embargo, entendemos que más que sancionar la falta de algún libro como aspecto formal, lo que la ley castiga en realidad, es que los libros que lleva el comerciante no reflejen o reproduzcan fielmente la relación entre sus activos y pasivos.

⁷⁰ Los autores comercialistas concuerdan en que la tenencia de este libro ya no es obligatoria.

Las figuras delictivas que se traducen en una ausencia total o parcial de la documentación legalmente requerida constituyen principalmente conductas omisivas. Por lo tanto, debemos señalar que estamos ante un delito de omisión propia, pues existe una norma que impone expresamente el deber de actuar.

En su parte final, el artículo 219 N ° 9 se refiere a la situación de quienes no están obligados a llevar libros de contabilidad, estableciendo que se les aplicarán las normas sobre tributación simplificada del Servicio de Impuestos Internos.

En Alemania, el § 283 N ° 5 del Código Penal castiga al deudor insolvente que “omita llevar libros de comercio que está obligado a llevar legalmente...”. Al igual que en la disposición presente en nuestro Código de Comercio, la sanción puede recaer también sobre quien los lleve siempre que en ellos se “dificulte la visión de conjunto sobre su estado patrimonial”.

Tipo subjetivo

A nuestro entender, la conducta descrita en el numeral 9 ° del artículo 219 sólo puede verificarse culposamente. La presencia de dolo permite que se configure alguna de las hipótesis de quiebra fraudulenta del Art. 220 referidas a la falta de documentación, como la definida por el N ° 7 (“Si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes”) o la del N ° 11 (“Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario...”).

En España ocurre algo similar, pues la conducta en cuestión está contemplada tanto hipótesis de quiebra culpable (artículo 889 N ° 1 del Código de Comercio: “los que no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben...”), como de quiebra fraudulenta (artículo 890 N ° 3 del Código de Comercio: “no haber llevado libros...”, 890 N ° 4: “rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los

libros...”, 890 N ° 5: “no resultar de su contabilidad la salida o existencia del activo de su último inventario...”, etc.

Sin embargo, es menester recordar que en España, con la dictación del Código Penal de 1995 se descartó la sanción a título de culpa de las figuras relativas a la quiebra.

J. No conservar las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios. (Art. 219 N ° 10).

Esta conducta, ubicada dentro de las “presunciones” de quiebra culpable, se concibe únicamente de forma omisiva.

El tipo penal que examinamos es una muestra de la obsolescencia en que ha quedado nuestro sistema concursal penal. Su permanencia en el ordenamiento ha sido causa de diversos problemas. Por ejemplo, hoy existen variados medios de comunicación que no se encuentran comprendidos en este numeral, como es el caso de los medios digitales y electrónicos. Además, el texto legal no establece si basta con que falte una carta o si se debe tratar de un número importante.

Sin embargo, resulta aún más ilógico el hecho de que si bien el artículo 45 del Código de Comercio establece para los comerciantes la obligación de “dejar copia íntegra y a la letra de todas las cartas que escribieren sobre negocios de su giro”, no existe ninguna disposición que exija al fallido conservar las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios.

Si a esto sumamos que, según vimos en el análisis de la figura precedente, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina la mantención del libro copiador de cartas ha quedado en desuso, no podemos más que concordar con Puga Vial cuando afirma que “esta es tal vez la figura más absurda de quiebra culpable” y, termina sentenciando que “simplemente no se explica su existencia”.⁷¹

Tipo subjetivo

A pesar de lo insensata que resulta la tipificación de esta conducta, debemos señalar que, formalmente y siguiendo la línea de gran parte del resto de las figuras estudiadas, esta conducta admite tanto el dolo como la culpa.

K. No inscribir los documentos que ordena la ley. (Art. 219 N ° 11).

El artículo 22 del Código de Comercio establece que “en el registro de comercio se tomará razón en extracto...”, mencionando a continuación una serie de documentos tales como capitulaciones matrimoniales, pactos de separación de bienes, testamentos, sentencias de divorcio, documentos justificativos de los haberes del hijo, escrituras de sociedad y poderes otorgados para la administración de sus negocios, entre otros documentos, todos los cuales deben ser inscritos.

Definitivamente, y al igual que en el caso de la conducta anterior, estamos ante una hipótesis omisiva.

Es importante recalcar que este tipo penal de quiebra documental hace alusión, únicamente, a la no inscripción de aquellos documentos que la ley ordena registrar.

⁷¹ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 219.

Tipo subjetivo

La figura que examinamos puede sancionarse, en nuestra opinión, tanto a título de dolo como de culpa.

L. Agravar el mal estado de sus negocios durante el periodo a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis. (Art. 219 N ° 12).

En primer lugar, es necesario señalar que el plazo a que se refiere el artículo 177 bis es el de “noventa días siguientes a la notificación por aviso de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a junta para deliberar sobre dicha proposición”.

Luego, para que se configure el tipo, los actos del fallido que lleven a un empeoramiento de su situación patrimonial, deben, necesariamente, haberse verificado durante estos noventa días.

En cuanto a lo que implica el “agravar el mal estado de sus negocios”, esta expresión es bastante general y se refiere a cualquier detrimento o menoscabo en el patrimonio del fallido que signifique una profundización de su estado de insolvencia.

En Alemania, la norma más parecida al N ° 12 del artículo 19, es el § 283 N ° 8 del Código Penal, disposición que castiga, también de forma amplia, al deudor que “disminuya el estado de su patrimonio”, sin embargo agrega un elemento más restrictivo para que proceda la sanción, como es exigir que la disminución de patrimonio se haya efectuado “en una manera que contradiga gravemente las exigencias de una economía ordenada”.

Tipo subjetivo

Evidentemente, el agravamiento de la crisis patrimonial del deudor puede haberse producido tanto a causa de sus acciones u omisiones dolosas como de la imprudencia del mismo en la gestión de sus negocios. Se admite el dolo y la culpa.

5.2. Delitos de quiebra fraudulenta.

Las figuras tipificadas en el artículo 220 de la Ley de Quiebras no presentan las dudas y ambigüedades de las establecidas en el artículo 219.

En primer lugar, la descripción de las conductas constitutivas de quiebra fraudulenta que realiza el texto legal es bastante clarificadora y explícita. Es así como en su redacción podemos encontrar las siguientes expresiones: “con perjuicio de sus acreedores” (N ° 3), “con intención de retardar la quiebra” (N ° 8) o “que hubiere ejecutado dolosamente” (N ° 16), además de verbos rectores tales como “ocultar” (N ° 1 y 7), “fugarse” (N ° 14) o “falsear” (N ° 15).

Por otra parte, es menester recordar que respecto de las conductas culposas rige en nuestro país un sistema de “numerus clausus”, por lo que aquéllas sólo se castigan por excepción. **En consecuencia, aun cuando algunas de las conductas del artículo 220 pueden ser producto de la imprudencia del fallido, no es posible castigar a título de culpa.**

El dolo, en materia de quiebras, está relacionado con la intención del deudor de defraudar a sus acreedores. Es necesario señalar que, **según nuestro parecer, en la mayoría de las figuras de quiebra fraudulenta sólo se admite dolo directo, sin embargo, en algunas de ellas caben las tres categorías del dolo reconocidas por la doctrina (directo, indirecto y eventual).**

El análisis de cada conducta en particular es presentado a continuación.

A. Ocultar bienes. (Art. 220 N ° 1).

Este tipo penal castiga al deudor que esconde o encubre bienes respecto de sus acreedores o el síndico con la intención de apartarlos de su alcance y así motivar que ignoren o desconozcan su existencia.

La doctrina concuerda en que se incluyen tanto bienes muebles como inmuebles, tangibles como intangibles. Sin embargo, se excluyen los bienes que no pertenecen a la masa de acreedores como los de familia, las indemnizaciones, pensiones y especialmente, los bienes inembargables.

Generalmente se trata de acciones positivas tendientes a poner los bienes fuera del alcance de los acreedores y los órganos concursales, pero se admite la hipótesis omisiva en caso de que el fallido guarde silencio, callando la existencia de uno o varios de sus bienes cuando tenía la obligación jurídica de darlos a conocer en su totalidad.

En Argentina, el artículo 176 N ° 2 del Código Penal reputa como quebrado fraudulento al comerciante que procede a “substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa”. Carlos Parma aclara que “substraer guarda relación con *deducir, quitar, restar, sacar, retirar, rebajar o sisar*, en tanto ocultar es una conducta que señala *esconder, tapar, escamotear, disfrazar, encubrir* y tiene coherencia con lo *secreto, desconocido, ignorado, velado, arcano o invisible*”.⁷²

Tipo subjetivo

Evidentemente, el tipo requiere la existencia de un “ánimo de ocultar” por parte del fallido. Éste debe tener por finalidad apartar los bienes del alcance de la masa o del síndico. Por ende, entendemos que esta figura sólo puede verificarse con dolo directo.

⁷² Parma, Carlos. “Delitos dolosos cometidos en las quiebras por el fallido”. Derecho Penal y Criminología latinoamericana. Mendoza, Argentina. Pág. 7.

B. Reconocer deudas supuestas. (Art. 220 N ° 2).

El N ° 2 del artículo 220 castiga al deudor que, con el fin de disimular su activo o hacer aparecer ante sus acreedores un patrimonio reducido, presenta como verdadera una deuda que no existe, parcialmente o en su totalidad.

Respecto de la expresión “reconocer”, concordamos plenamente con lo señalado por Puga Vial en el sentido de que “el reconocimiento debe ser una conducta seria, esto es efectuar algún acto u omisión punible que signifique premunir a un tercero de al menos un título justificativo. Meras afirmaciones verbales o reconocimientos extrajudiciales no documentales no se incluyen en esta figura”.⁷³

En España, la descripción de la conducta en cuestión (Art. 890 N ° 11 del Código de Comercio) resulta bastante más explícita, dado que explica que “deudas supuestas” son aquellas “que no tengan causa de deber o valor determinado”.

En Argentina, el artículo 176 N ° 1 del Código Penal reputa como quebrado fraudulento al comerciante que hubiere incurrido en “simular o suponer deudas”. De acuerdo con Carlos Creus supone una deuda quien “sin haber aparentado acto jurídico alguno, menciona o presenta como efectivamente realizados los que no lo fueron”.⁷⁴

En Alemania, el § 283 N ° 4 del Código Penal, es más general, pues sanciona al fallido que “simule derechos de otros o reconozca derechos imaginarios”.

⁷³ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 169.

⁷⁴ Donna, Edgardo. “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001. Ob. Cit. Pág.665.

Tipo Subjetivo

El fallido debe estar en conocimiento de que se trata de una deuda supuesta, vale decir que no es real, a lo menos en parte. Al igual que en el caso de la figura precedente, entendemos que esta conducta sólo puede cometerse con dolo directo. No cabe el dolo eventual.

C. Suponer enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores. (Art. 220 N ° 3).

De la misma forma que en el tipo anterior, el fallido en este caso intenta presentar falsamente su patrimonio de forma disminuida. Esto, sin duda, afecta a la masa de acreedores.

En cuanto a las expresiones utilizadas, “suponer” quiere decir dar existencia ideal a algo que realmente no la tiene. Y una “enajenación”, es el acto jurídico mediante el cual una persona transmite el dominio de una cosa o un derecho que le pertenece a otra.

De acuerdo a lo establecido en la disposición que examinamos, para que la enajenación supuesta pueda ser sancionada debe, necesariamente, importar un perjuicio para los acreedores.

Sin embargo, si las enajenaciones se materializan con el consentimiento de los acreedores la conducta es atípica, puesto que el patrimonio es un bien jurídico disponible y el consentimiento actuaría como causal de atipicidad.

En Argentina, esta conducta y la analizada en el apartado anterior están tratadas en un mismo artículo del Código Penal (176), el que castiga como quebrado fraudulento al fallido que ha simulado o supuesto deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas. La expresión “simular” importa un mayor disvalor que “suponer”, pues es en este caso significa aparentar falsamente o fingir un acto jurídico (enajenación) no realizado.

No acontece lo mismo en España, en donde el artículo 890 N ° 10 del Código de Comercio sanciona el “simular enajenaciones, de cualquier clase que éstas fueran”.

Tipo Subjetivo

Tanto el verbo rector (“suponer”), como el requerimiento del tipo en cuanto a que exista “perjuicio de sus acreedores” hacen evidente que la figura del Art. 220 N ° 3 sólo puede verificarse con dolo directo. Se exige tanto el elemento cognoscitivo como el volitivo.

D. Comprometer en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza. (Art. 220 N ° 4).

La conducta descrita en esta figura está basada en la de apropiación indebida, establecida en el artículo 470 N ° 1 del Código Penal que castiga a los que “en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”.

El Código de Comercio también se refiere a una especie de apropiación indebida, cuando en su artículo 251 sanciona al comisionista que “habiendo recibido fondos para evacuar un encargo, los distraiere para emplearlos en un negocio propio”. Sin embargo, la Ley N ° 18.175 la fija además como hipótesis de quiebra fraudulenta para el caso del deudor fallido.

En la conducta descrita en la Ley de Quiebras, basta simplemente con comprometer bienes ajenos en un negocio propio, no exige el “apropiarse” ni el “distraer”. La voz “comprometer” la entendemos como constituir a alguien o a algo en una obligación.

Con respecto a los bienes, la doctrina concuerda en que se incluyen tanto bienes muebles como inmuebles, tangibles como intangibles.

Esta conducta, constituye una excepción con respecto a todo el resto de los delitos concursales, puesto que su objeto material no es el patrimonio del quebrado, sino bienes de terceros que el deudor ha recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza.

En España, esta figura se encuentra regulada en el artículo 890 N ° 7 del Código de Comercio, el que sanciona al fallido por “haber consumido y aplicado para sus negocios propios, fondos o efectos ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, administración o comisión”. Esta disposición es más exigente que la de nuestra Ley de Quiebras, pues hace referencia al consumir y aplicar los bienes para negocios propios, sin ser suficiente el sólo comprometerlos.

Tipo subjetivo

La figura del Art. 220 N ° 4 exige de parte del agente el “conocer” y el “querer”. Sólo cabe dolo directo.

E. Percibir y aplicar bienes de la masa a sus propios usos, con posterioridad a la declaración de quiebra. (Art. 220 N ° 5)

Como hemos señalado con anterioridad, el artículo 96 de la Ley de Quiebras dispone que “el fallido está obligado a indicar y a poner a disposición del síndico todos sus libros, documentos, bienes y antecedentes”.

Es importante destacar que en la disposición del numeral 5 ° del Art. 220, cobra especial relevancia la preposición “y”, pues para que se verifique el tipo objetivo se requiere que, en primer lugar, el fallido perciba los bienes de la masa, y, posteriormente, proceda a aplicar estos bienes a sus propios usos.

Respecto de la voz “percibir”, entendemos que el fallido debe estar consciente de haber recibido los bienes de la masa. Y en cuanto a “aplicar a sus propios usos”, se refiere a que el quebrado destine, asigne o adjudique los bienes a un fin distinto del que estos tienen en virtud de lo dispuesto en el artículo 96, esto es, quedar a disposición del síndico de quiebras.

La Ley especifica que esta figura sólo puede cometerse una vez declarada la quiebra. A partir de dicha declaración se produce el desasimiento, lo que significa que el fallido queda inhibido de la administración y disposición de sus bienes, al ser afectado por un embargo general. En esta figura, el quebrado vulnera el desasimiento, percibiendo y aplicando a sus propios usos, bienes de la masa.

Es menester recordar que es sólo después de la declaración de quiebra, cuando podemos hablar de la existencia de una “masa de acreedores”, la que es integrada por todos aquellos acreedores que ven reconocidos sus créditos en el procedimiento. Con la declaratoria, estos han perdido el derecho de ejecutar individualmente al fallido.

Finalmente, la norma española no es muy distinta a la de nuestra Ley de Quiebras, pues el Art. 890 N ° 15 del Código de Comercio hispano reputa como quebrado fraudulento a quien “hubiere percibido y aplicado a usos personales dinero, efectos o créditos de la masa, o distraído de ésta alguna de sus pertenencias”.

Tipo subjetivo

Tal como en las figuras anteriores de quiebra fraudulenta, el dolo, en la del Art. 220 N ° 5, se restringe al dolo directo. Evidentemente, el deudor debe estar en conocimiento de la declaración de quiebra.

F. Pagar a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda, después de la fecha asignada a la cesación de pagos. (Art. 220 N ° 6).

Esta figura es bastante similar a la hipótesis de quiebra culpable del artículo 219 N ° 1 (pagar a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos).

Tal como señalamos al analizar dicha conducta, lo que se protege con la tipificación de ambas es la *par conditio creditorum*, que se refiere al derecho con que cuentan todos los acreedores a una distribución igualitaria del patrimonio del quebrado, vale decir, a ser pagados en la parte de éste último que les corresponde.

Respecto de la relación entre ambas figuras, Puga Vial ha señalado que “por regla general los pagos hechos en infracción a la *par condictio creditorum* son sancionados a título de quiebra culpable, aunque se trate de hechos dolosos (Art. 219 N ° 1). Sólo esta infracción específica de pagar antedatadamente y bajo ciertas condiciones se sanciona a título de quiebra fraudulenta”.⁷⁵

El análisis del resto de los elementos del tipo objetivo de esta conducta no varía mayormente con respecto a la figura del Art. 219 N ° 1, por lo que nos remitimos a lo señalado al momento de su examen.⁷⁶

La disposición análoga del Código de Comercio español (Art. 890 N ° 13), es algo más escueta, pues reputa como fraudulenta la quiebra del comerciante que ha “anticipado pagos en perjuicio de los acreedores”.

Tipo subjetivo

A diferencia del tipo descrito en el N ° 1 del Art. 219, en que se discute la sanción a título de dolo eventual, en la figura del Art. 220 N ° 6 sólo cabe el dolo directo.

El deudor debe estar en conocimiento de que se encuentra en situación de cesación de pagos y de que con el pago anticipado a un acreedor está infringiendo la *par condictio creditorum*, afectando sustantivamente al resto de sus acreedores.

⁷⁵ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 175.

⁷⁶ Ver 5.1 letra A.

**G. Ocultar o inutilizar sus libros, documentos y demás antecedentes.
(Art. 220 N ° 7).**

La figura de quiebra documental que analizamos, guarda manifiestas similitudes con respecto a la hipótesis de quiebra culpable del Art. 219 N ° 9. (No tener libros o inventarios, o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida, de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo).

Sin embargo, mientras la figura del Art. 219 N ° 9 se materializa principalmente mediante conductas omisivas, la del Art. 220 N ° 7 se traduce en acciones positivas. Otro elemento diferenciador de ésta última, es que la ocultación o inutilización puede recaer, además de libros, sobre documentos y otros antecedentes.

Respecto de los libros, nos remitimos a lo expuesto en la hipótesis culposa. En lo que toca a la voz “documentos”, la Real Academia Española los ha definido como “escritos en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”. Las expresiones “demás antecedentes” son especialmente amplias y pueden abarcar cualquiera de aquéllos que el fallido está obligado poner a disposición del síndico, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 96 de la Ley de Quiebras.

En España, el artículo 890 N ° 4 del Código de Comercio castiga el “rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros en perjuicio de tercero”. Y en Alemania, el § 283 N ° 6 del Código Penal sanciona a quien “ponga de lado, destruya o dañe los libros de comercio u otros documentos...”.

Tipo subjetivo

Nuevamente, los verbos rectores utilizados en la tipificación de la conducta del Art. 220 N ° 7 (“ocultar” e “inutilizar”), denotan que en esta figura sólo cabe el dolo directo.

H. Comprar mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraer préstamos a un interés superior al corriente de plaza, poner en circulación valores de crédito o emplear otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos, con intención de retardar la quiebra. (Art. 220 N ° 8).

Estamos ante el caso de deudor insolvente, que, percatándose de la inminencia de su quiebra lleva a cabo una operación ruinosa, vale decir, que agrava o empeora su situación patrimonial, perjudicando así a sus acreedores.

El tipo se refiere expresamente, en primer lugar, a la compra de mercaderías por parte del deudor, para posteriormente venderlas por debajo de su valor. La Real Academia Española define la voz “mercadería” como una “cosa mueble que se hace objeto de trato o venta”. Por lo tanto, se trata únicamente de bienes muebles.

Luego, se hace referencia al hecho de contraer préstamos a un interés superior al corriente de plaza. De acuerdo con lo establecido por la Ley de operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero (N ° 18.010), constituye interés “toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado”. La misma Ley, define al interés corriente como “el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país” para más adelante señalar que “corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinar las tasas de interés corriente”.

Respecto de la puesta en circulación de valores de crédito, lo que se intenta es proteger a los terceros que contratan con el deudor insolvente o le pagan anticipadamente. Estas personas se verían perjudicadas al ser víctimas del fraude del deudor.

Al establecer que el deudor debe realizar estas operaciones “con intención de retardar la quiebra”, el tipo del Art. 220 N ° 8 deja en claro que el deudor debe encontrarse en estado de cesación de pagos, situación en que la quiebra es amenazante.

En Alemania, el § 283 N ° 3 del Código Penal castiga a quien “consiga a crédito mercancías o títulos valores, para vender o ceder estas mercancías o las cosas que se fabriquen con base en las mercancías, muy por debajo de su valor en una forma que contradiga las exigencias de una economía ordenada”.

Tipo Subjetivo

La utilización de las expresiones “con intención de retardar la quiebra” deja en evidencia que la figura exige la presencia de dolo directo. El deudor debe estar consciente de la inminencia de la quiebra, dada su precaria situación patrimonial, y debe emplear el arbitrio ruinoso pretendiendo dilatar la declaración

I. Vender, con pérdidas, mercaderías, inmediatamente después de haberlas comprado al fiado. (Art. 220 N ° 9).

Esta figura de quiebra fraudulenta pareciera repetir la hipótesis inicial del tipo del numeral 8° (comprar mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente), sin embargo, exige que la venta de la mercancía (con pérdidas) se produzca inmediatamente después de haberla comprado al fiado.

“Comprar al fiado”, según la Real Academia Española quiere decir “comprar, sin dar de presente lo que se debe pagar”. Esto es, se toma el bien sin que se haya efectuado el pago, ni se estipula una fecha determinada para materializarlo.

La verdad es que estamos en presencia de una muestra más de la deficiente tipificación de los delitos concursales en nuestra legislación. Sencillamente, creemos que no existe un argumento de peso que explique el que esta conducta constituya una hipótesis de quiebra fraudulenta. La descripción de la misma no requiere la presencia del elemento cognoscitivo del dolo, menos del volitivo. Sin embargo, como señalamos anteriormente, no es posible sancionar a título de culpa las conductas del Art. 220, dado que en nuestra legislación rige un sistema de “numerus clausus” en relación con los delitos culposos.

Resulta aún más extraña esta calificación si observamos que en España, el artículo 888 N ° 4 del Código de Comercio, reputa como quebrado culpable al deudor que “hubiere vendido a pérdida o por menos precio del corriente, efectos comprados al fiado y que todavía estuviere debiendo”. Pero eso no es todo, pues antes de la dictación de la Ley de Quiebras de 1929 (N ° 4.558), el Art. 1333 N ° 6 de nuestro Código de Comercio catalogaba a esta figura como hipótesis de quiebra culpable. Por lo tanto, no logramos entender en qué se basó el legislador para consagrar a la conducta del numeral 9 ° como hipótesis de quiebra fraudulenta.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, es indudable que confunde la manifiesta similitud de esta figura con la del Art. 220 N ° 10, por lo que, considerando todo lo observado, entendemos se debe revisar la conveniencia y utilidad de esta disposición, o al menos, su tipificación.

Tipo subjetivo

Ya hemos indicado que nos parece un error el que esta conducta constituya una hipótesis de quiebra fraudulenta, sin embargo, al quedar descartada su sanción a título de culpa, entendemos que admite la concurrencia de dolo eventual y, evidentemente, de dolo directo.

J. Comprar para sí, por interposición de un tercero y a nombre de éste, bienes de cualquier clase, antes o después de la declaración de quiebra. (Art. 220 N ° 10).

La hipótesis del numeral 10 ° castiga al deudor que adquiere bienes a título oneroso por interposición y a nombre de un tercero. El deudor debe haber comprado los bienes (de cualquier clase) con fondos que pertenecen al concurso, lo que implica que existe un perjuicio para la masa de acreedores.

Con respecto a la punibilidad de esta conducta, Puga Vial ha señalado que “la declaración de quiebra no implica una incapacidad para el fallido, y, además, él puede adquirir bienes a título oneroso. Asimismo, antes de la quiebra el fallido puede adquirir bienes con el producto de sus bienes inembargables”, por lo que concluye sentenciando que esta figura “discurre en la idea de que los dineros o bienes empleados son bienes concursales. Sólo entonces la conducta adquiere su dimensión fraudulenta”.

En España, el artículo 890 N ° 12 del Código de Comercio reputa como quebrado fraudulento al comerciante que incurre en “comprar bienes inmuebles, efectos o créditos, poniéndolos a nombre de tercera persona, en perjuicio de sus acreedores”. Es importante recalcar que la disposición del Código de Comercio español hace referencia al “perjuicio de sus acreedores”, lo que aclara mayormente lo referente a la ilicitud de la conducta.

Tipo Subjetivo

Entendemos que en esta figura concursal, el deudor insolvente, puede perfectamente actuar con dolo eventual, esto es, proceder con indiferencia pese a representarse la posibilidad de la configuración del tipo objetivo.

K. Si no resulta de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél. (Art. 220 N ° 11).

La conducta descrita en el numeral 11 ° pertenece a los llamados “delitos de quiebra documental”, debido a la relación del ilícito con la contabilidad que debe llevar el quebrado.

Esta figura delictiva consiste en que los libros del fallido no reflejen la existencia o salida de activos reconocidos en el último inventario o la de activos que han pasado a formar parte del patrimonio del quebrado con posterioridad al mismo.

Estamos ante un delito de omisión impropia, pues además de que la conducta se manifiesta eminentemente de forma omisiva, el sujeto activo se encuentra en una posición de garante respecto de la obligación de registrar la existencia, entrada o salida de valores.

Resulta inevitable la comparación con el tipo culposo del N ° 9 del Art. 219 (no tener libros o inventarios, o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida, de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo), y simplemente no se entienden las razones que tuvo el legislador para establecer aquella figura como hipótesis de quiebra culpable y la figura que analizamos como hipótesis de quiebra fraudulenta.

La norma del Código de Comercio español (Art. 890 N ° 5) es bastante similar a la del nuestro, pues califica de quiebra fraudulenta la del comerciante de cuya contabilidad no resulta “la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos, de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en su poder”.

Tipo subjetivo

Pese a que normalmente podríamos suponer que la falta de registro de la operación se debió a la imprudencia del deudor, este delito sólo admite dolo, puesto que ya hemos explicado que en Chile sólo se castiga excepcionalmente a título de culpa.

Cabe, eso sí, el dolo eventual y, evidentemente, el dolo directo.

L. Hacer donaciones cuantiosas, en estado de manifiesta insolvencia. (Art. 220 N ° 12).

Al analizar esta figura, nos parece necesario establecer las diferencias que presenta en relación a la del Art. 219 N ° 8 (hacer donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas).

El tipo que examinamos requiere que las donaciones sean cuantiosas. Por “cuantioso”, la Real Academia Española entiende algo “grande en cantidad o número”.

Sin embargo, creemos que en la redacción del Art. 220 N ° 12 debió haberse incluido algún parámetro para que la donación pueda ser calificada de “cuantiosa”. Esto es lo que sucede con la figura del numeral 8 ° del Art. 219, en que la donación debe ser desproporcionada y el criterio comparativo es la situación de fortuna del deudor, al momento de hacerla.

La ausencia de este parámetro de evaluación le otorga a esta disposición un carácter manifiestamente subjetivo, pues una donación puede ser cuantiosa para el común de las personas, sin embargo para un deudor que cuenta con un patrimonio realmente importante, ésta puede ser algo prácticamente irrelevante.

Por otra parte, esta norma exige que el deudor realice la donación en “estado de manifiesta insolvencia”, esto implica que, al momento de realizarla, aquél debe estar consciente de la crisis patrimonial que enfrenta.

Respecto del concepto de “donación” nos remitimos a lo señalado en el análisis del numeral 8 ° del Art. 219.

Tipo subjetivo

La principal diferencia de esta disposición, en relación al tipo culposo del Art. 219 N ° 8, es que únicamente puede cometerse dolosamente. El deudor insolvente debe, al menos, prever y aceptar la verificación del resultado. En consecuencia, se admite el dolo eventual, pues el deudor puede realizar una donación cuantiosa con el objeto de ayudar a un ser querido, pero estando en conocimiento de su precaria situación y comprendiendo que con el acto perjudicará a sus acreedores.

M. Celebrar convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa. (Art. 220 N ° 13).

De acuerdo a lo señalado con anterioridad, un convenio concursal es el acuerdo adoptado entre el deudor y sus acreedores que tiene como finalidad evitar una eventual quiebra o alzarla, si ésta ya ha sido declarada.

Sin embargo, el convenio es una institución fundamental en nuestro sistema concursal y como tal, debe celebrarse ante los órganos competentes. Además, su procedimiento y contenido se encuentran íntegramente regulados en la Ley de Quiebras.

Es así como el artículo 178 de la Ley establece que “el convenio será uno y el mismo para todos los acreedores...”, y el artículo 190 señala que “el convenio se considerará acordado cuando cuente con el consentimiento del fallido y reúna en su favor los votos de dos tercios o más de los acreedores concurrentes que representen las tres cuartas partes del total pasivo con derecho a voto...”. Por último, el artículo 200 dispone que “el convenio obliga al deudor y a todos sus acreedores, hayan o no concurrido a la junta que lo acuerde...”.

El convenio “privado” al que se refiere la norma del Art. 220 N ° 13 no corresponde al pacto regulado en el título XII de la Ley de Quiebras, sino a una confabulación secreta entre el deudor y algunos acreedores, para concordar ventajas especiales, alterando la *par conditio creditorum*.” Este acuerdo infringe la normativa de la Ley N ° 18.175 relativa a los convenios y constituye un delito concursal por parte del fallido.

Enrique Bacigalupo advierte que “una ventaja concedida a un tercero no acreedor, no es típica conforme a la figura, pues no compromete la *par conditio*”.⁷⁷

Es importante señalar que, a pesar de ser el fallido el sujeto activo de este delito, el artículo 220 N ° 5 castiga como cómplices de quiebra fraudulenta a “los acreedores legítimos que celebraren convenios privados con el fallido en perjuicio de la masa”.

En España existe una disposición similar (Art. 893 N ° 8 del Código de Comercio) en la que se sanciona a “los acreedores legítimos que, en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares y secretos”.

Tipo subjetivo

A nuestro parecer, en este delito sólo cabe dolo directo. El deudor acuerda este convenio informal, irregular e ilícito, sabiendo que con él perjudica a la masa y pretendiendo alterar la *par conditio creditorum*. No concebimos la concurrencia de dolo eventual.

N. Ausentarse o fugarse, llevándose una parte de sus haberes. (Art. 220 N ° 14).

Este delito concursal se conoce generalmente como “alzamiento de bienes”. Dada su relevancia y el amplísimo análisis doctrinario, tanto nacional como extranjero, del que ha sido objeto, le dedicamos a esta figura un capítulo completo al momento de estudiar los fraudes del deudor contenidos en el artículo 466 del Código Pena

⁷⁷ Donna, Edgardo. “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001. Ob. Cit. Pág. 691.

Tipo subjetivo

No cabe duda que en esta conducta sólo se admite dolo directo. No concebimos su verificación con dolo eventual. Los verbos rectores “ausentarse” y “fugarse”, además de la circunstancia de llevarse consigo parte de sus bienes, evidencian lo anterior.

O. Omitir, falsear o desvirtuar información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior. (Art. 220 N ° 15).

Luego de revisar los delitos de quiebra documental ya estudiados, podría pensarse que la tipificación de esta figura es absolutamente redundante y no tiene mayor razón de ser. Ya hemos abordado la ocultación o inutilización de libros, su no tenencia o tenencia irregular, la negativa del fallido a colaborar con los órganos concursales, además del hecho de no resultar de su contabilidad la existencia, ingreso o salida de activos. Entonces, ¿Qué es lo que pretende sancionar la figura del numeral 15 °?

Es indudable que no se trata de una conducta desplegada por el mismo agente que los delitos anteriores. En este aspecto concordamos con Puga Vial cuando establece que “esta figura está prescrita para la quiebra de entidades que administran recursos del público y que informan de modo general a sus actuales y potenciales acreedores”.⁷⁸

⁷⁸ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 213.

Dentro de estas entidades podemos mencionar a los bancos, AFP, sociedades anónimas abiertas, corredoras de bolsa, compañías de seguros y otras instituciones financieras. Es menester señalar que esta figura no tiene relación con los delitos establecidos en las distintas leyes que rigen dichas entidades.

Por otra parte, es menester señalar que el delito que analizamos es de mera actividad, puesto que para su comisión basta la realización de la conducta sin importar el resultado.

También se debe tener en cuenta que el tipo exige que el fallido esté obligado, por ley, a entregar información sobre su situación legal, económica o financiera. En consecuencia, podemos aseverar respecto de la hipótesis omisiva del numeral 15 °, que estamos ante un delito de omisión propia, por cuanto existe una norma que impone expresamente el deber de actuar.

Respecto a los verbos rectores “falsear” y “desvirtuar”, la Real Academia Española los define como “adulterar o corromper algo” y “quitar la virtud, sustancia o vigor”, respectivamente.

Por último, la disposición requiere que la acción u omisión se produzca “dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior”. La Real Academia Española define “ejercicio” como el “período de tiempo, normalmente un año, en que una institución o empresa dividen su actividad económica”. Por lo tanto, se presenta la interrogante acerca de qué sucede con la conducta si se lleva a cabo con anterioridad al período de tiempo que se refiere esta hipótesis.

Tipo subjetivo

Nuevamente entendemos que únicamente cabe el dolo directo. Las expresiones “falsear” y “desvirtuar” denotan la presencia de un elemento volitivo.

P. Ejecutar dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo. (Art. 220 N ° 16).

La figura del numeral 16 ° viene a ser el tipo residual de las hipótesis de quiebra fraudulenta, y como tal, presenta una gran generalidad, lo que permite subsumir en ella una enorme cantidad de conductas. Esta amplitud queda de manifiesto desde el momento en que se castiga al deudor que ejecuta dolosamente “cualquier operación”.

En consecuencia, bien vale la pena aclarar el significado de los términos que conforman esta disposición.

La Real Academia Española define la voz “operación” como una “negociación o contrato sobre valores o mercaderías”. En tanto que por la expresión “activo”, entiende al “conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad”, y por “pasivo”, al “valor monetario total de las deudas y compromisos que gravan a una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad”.

La conducta que estudiamos no forma parte del conjunto de los delitos denominados “contables”, ya que para que se configure el tipo objetivo, el deudor insolvente debe haber provocado una merma o disminución efectiva y real de su patrimonio.

Tipo subjetivo

A nuestro entender, el hecho de que en una hipótesis de quiebra fraudulenta, la Ley enfatice que la conducta debe ejecutarse “dolosamente”, significa que a todas luces requiere la concurrencia de dolo directo. No concebimos la verificación del tipo mediante dolo eventual.

Capítulo 6

Análisis del Art. 466 del Código Penal

En este capítulo examinaremos en profundidad los fraudes del deudor insolvente tipificados en el Art. 466 del Código Penal. Esta disposición, la encontramos ubicada en el párrafo 7 ° del título IX de su Libro Segundo, bajo el epígrafe “De las defraudaciones”.

Para efectos de realizar un estudio ordenado de estas figuras, dividiremos el capítulo en dos apartados. En el primero, dada su especial relevancia, trataremos por separado el delito de alzamiento de bienes, y en el segundo, la ocultación, enajenación y dilapidación maliciosa de bienes, junto al otorgamiento de contratos simulados.

Es menester señalar que estos fraudes del deudor son los únicos tipificados en nuestro Código Penal y son figuras independientes respecto de los tipos penales establecidos en la Ley de Quiebras.

Finalmente, podemos agregar que una diferencia fundamental entre las figuras del Art. 466 y los delitos de la Ley de Quiebras, además de lo referido al sujeto activo⁷⁹, es que en las primeras sólo existe sanción a título de dolo, mientras que, como lo estudiamos anteriormente, varias hipótesis del artículo 219 de la Ley N ° 18.175 admiten castigo a título de culpa.

⁷⁹ Ver Capítulo 4.2.

6.1. Alzamiento de bienes.

El artículo 466 sanciona al deudor que “se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”.

Como señalamos con anterioridad, la doctrina nacional y extranjera se han ocupado de estudiar en profundidad este delito. Ya desde el propio significado del término “alzarse” (verbo rector), surgen diversas interpretaciones.

En nuestro país, la definición más aceptada es la de Etcheberry, quien sostiene que “el alzamiento supone que el deudor se oculte o se fugue, llevando consigo o escondiendo una parte de sus bienes, de tal modo de provocar un estado de insolvencia, en perjuicio de sus acreedores en general”.⁸⁰

Sin embargo, en la doctrina española está presente una definición bastante más amplia de la expresión “alzamiento”. Quintero Olivares establece que “es un acto de disposición sobre los propios bienes orientado a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar sus créditos, que hubieran podido satisfacerse sobre esos bienes”.⁸¹ En tanto que Queralt Jiménez ha señalado que alzarse significa “sustraer todos o parte de los bienes al cumplimiento de las obligaciones contraídas”.⁸²

⁸⁰ Etcheberry O., Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. Pág 388.

⁸¹ Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F. / Valle Muñoz, J. M. / Prats Canut, J. M. / Tamarit Sumalla, J. M. / García Albero, R. “Comentarios al Nuevo Código Penal”. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005. Pág. 1317.

⁸² Queralt Jiménez, Joan. “Derecho Penal Español. Parte Especial”. Editorial Atelier. Barcelona. 2002. Pág. 490.

Como se observa, para un importante sector doctrinario lo relevante es el ocultamiento de los bienes y no la fuga o huida del deudor. Incluso, Gimbernat ha manifestado que “prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo”.⁸³ De la misma forma, Vives Antón señala que “la idea de alzamiento se amplía dejando de asociarse con la fuga u ocultación del deudor y refiriéndose a todos los casos de ocultación de bienes que determinen la insolvencia”.⁸⁴

Sin embargo, otros autores ibéricos han entregado un concepto similar al que se ha acogido en Chile, esto es, algo más restringido y que importa el ocultamiento personal del deudor. Es el caso de Beneytez Merino, quien sostiene que el alzamiento es “la desaparición de la persona con sus bienes burlando a los acreedores”.⁸⁵ Lo mismo sucede con Pacheco, quien afirma que “alzarse, es huir llevándose lo que pertenece a los acreedores”.⁸⁶

Para concluir con lo relativo a la noción de “alzamiento”, es menester agregar que la Real Academia Española la define como la “desaparición u ocultación que de su fortuna hace el deudor para eludir el pago a sus acreedores”.

⁸³ Gimbernat, Enrique / Cotillas, Carlos / Mestre, Esteban / Martínez, Gema / Alkorta, Mariana. “Código Penal. Con concordancias y jurisprudencia”. Editorial Tecnos. 2003. España. Pág. 621.

⁸⁴ Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac. “Derecho penal. Parte especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 442.

⁸⁵ Beneytez Merino, Luis. En: “Derecho penal económico”. Bacigalupo, Enrique (Director). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000. Pág. 252.

⁸⁶ Rodríguez Devesa, José María / Serrano Gómez, Alfonso. “Derecho Penal Español (Parte Especial)”. Dykinson. Madrid. 1995. Ob. Cit. Pág. 487.

Por otra parte, si bien algunos autores han intentado establecer la posibilidad de que este delito pueda llevarse a cabo por omisión,⁸⁷ a nuestro parecer el verbo rector hace imposible tal circunstancia. Esta conducta puede verificarse únicamente de forma comisiva.

En cuanto a los “bienes” que pueden ser objeto de alzamiento, estos deben ser propios del deudor, siendo éste el principal elemento diferenciador respecto de la apropiación indebida (en que se trata de bienes ajenos). Además, entendemos que se trata tanto de bienes materiales como inmateriales, pero claramente estos deben ser embargables.

El ocultamiento de los bienes puede ser total o parcial. Y la modalidad de la ocultación puede ser física, escondiendo los bienes, o jurídica, mediante un acto jurídico.

El deudor, mediante el alzamiento, debe haberse colocado en un estado de insolvencia o haber agravado dicha situación, perjudicando de esta forma a sus acreedores, que han visto reducidas sus expectativas de pago. Tan fundamental resulta esta circunstancia, que Muñoz Conde señala que “alzarse”, “debe interpretarse en el sentido de insolventarse”.⁸⁸

Concordamos con Garrido Montt cuando afirma que “la ocultación de bienes puede llevarse a cabo directamente o por interpósita persona, alternativa donde se planteará una situación de inducción o de autoría mediata, según las circunstancias concretas”.⁸⁹

⁸⁷ Bajo Fernández admite el alzamiento por omisión en la ocultación de bienes en el balance, pero, sin duda, aquella conducta no se encuentra contenida en el concepto de “alzamiento” que se ha acogido en nuestro país.

⁸⁸ Muñoz Conde, Francisco. “Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. 11 ° Edición. Valencia. 1996. Pág. 404.

⁸⁹ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág 289.

En suma, son elementos imprescindibles para que se configure el tipo objetivo de esta figura, tanto la fuga o huida del deudor, como el hecho de que éste esconda o lleve consigo bienes de su propiedad. La mera ocultación de bienes constituye un delito independiente, sancionado por el mismo artículo 466.

Tipo subjetivo

Esta figura requiere la concurrencia de dolo, y, específicamente, de dolo directo. El deudor debe estar consciente del perjuicio que le está causando a sus acreedores y debe querer ocasionarlo. Por lo tanto, queda descartada la culpa y el dolo eventual.

6.2. Otros fraudes del deudor tipificados en el Art. 466.

El Art. 466 se refiere ulteriormente al deudor que “se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes”.

A continuación analizamos por separado cada una de las tres hipótesis establecidas en esta disposición, como formas en que el deudor se coloca en situación de insolvencia:

- Ocultación maliciosa de bienes.

De acuerdo con la Real Academia Española, la expresión “ocultar” quiere decir “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista”.

En este caso, el deudor esconde o pone sus bienes fuera del alcance de sus acreedores, ya sea material o jurídicamente.

Coincidimos con lo establecido por Bullemore y MacKinnon cuando advierten que “la diferencia esencial con la figura precedente reside en que, en este caso, el deudor ni se oculta ni se fuga”.⁹⁰

Mediante la ocultación total o parcial de sus bienes, el deudor se pone en un estado de insolvencia ficticia o artificial en el que sus acreedores no pueden satisfacer sus créditos.

⁹⁰ Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Lexis Nexis. Chile, 2005. Pág. 147.

- Dilapidación maliciosa de bienes.

Por dilapidar, la Real Academia Española entiende el “malgastar los bienes propios”.

Etcheberry define la dilapidación como “el gasto inmoderado en cosas superfluas o innecesarias sin que se reciba en cambio un equivalente económicamente apreciable”.⁹¹ En tanto que Garrido Montt ha señalado que el dilapidar “importa hacer gastos o inversiones exageradas al compararlas con los recursos que tiene el deudor, sin la adecuada posibilidad de recuperación. Es, en definitiva, malbaratar, derrochar, despilfarrar los bienes.”⁹²

El deudor debe provocar, mediante su acción, un detrimento sustantivo de su patrimonio; en este caso, se trata de una situación de insolvencia real.

- Enajenación maliciosa de bienes.

Siguiendo el análisis realizado con los otros dos verbos rectores, la Real Academia Española ha establecido que enajenar es “transmitir a alguien el dominio de algo”.

Bullemore y MacKinnon han señalado que enajenar “importa hacer salir del patrimonio determinados bienes, mediante actos jurídicos”.⁹³ De acuerdo con Puga Vial, son enajenaciones, “tanto la transferencia de dominio como la constitución de gravámenes personales o reales”.⁹⁴

⁹¹ Etcheberry O., Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. Pág. 389.

⁹² Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 294.

⁹³ Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Lexis Nexis. Chile, 2005. Pág. 147.

⁹⁴ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 230.

Para que las enajenaciones provoquen la insolvencia del deudor y perjudiquen a los acreedores, deben haberse realizado a título gratuito o, si se efectuaron a título oneroso, lo que se recibió a cambio del bien o los bienes enajenados debe ser muy inferior a su valor de mercado.

En la enajenación maliciosa de bienes también estamos ante un caso de insolvencia real.

Tipo subjetivo

Las tres hipótesis delictivas examinadas en este capítulo van acompañadas de la expresión “maliciosa”, lo que significa que dichas conductas deben estar orientadas a generar un estado de insolvencia por parte del deudor. Éste debe querer provocar, mediante la ocultación, dilapidación o enajenación, una disminución ostensible de su activo o un aumento de su pasivo, perjudicando de esta forma a sus acreedores.

Evidentemente, queda descartada la culpa. El dolo se limita exclusivamente al directo.

6.2.1. Otorgamiento de contratos simulados.

El inciso segundo del Art. 466 castiga al deudor que “otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados”.

Es importante, en el análisis de esta figura, dilucidar qué entendemos por “contrato simulado” y por “otorgar”.

Carlos Peña ha definido la simulación como “una discordancia deliberada y bilateral entre la voluntad manifestada y la efectivamente sentida, en términos tales que la primera, esto es, la que se manifiesta haciéndose pública, simplemente encubre la verdadera voluntad negocial, siendo esta última la que se mantiene oculta y sólo al alcance de los que participan del acto simulado.”⁹⁵

Por otra parte, la Real Academia Española ha establecido que “simular” quiere decir “representar algo, fingiendo o imitando lo que no es”.

Respecto de la voz “contrato”, Puga Vial sostiene que “no hay que limitarla sólo a la convención destinada a producir obligaciones. En general, se trata de todo acuerdo de voluntades que tenga incidencia en el patrimonio del deudor”.⁹⁶

Según Etcheberry, por contrato simulado debe entenderse “aquel que contiene una declaración de voluntad no real, hecha en forma consciente y de acuerdo entre los contratantes, para producir la apariencia de un acto jurídico que no existe o que es distinto del que realmente se ha llevado a cabo”.⁹⁷

De acuerdo con la definición de Etcheberry, la del inciso segundo del Art. 466 puede tratarse de una simulación absoluta o relativa. Existe simulación absoluta si entre las partes no se ha celebrado acto o contrato alguno, mientras que la simulación es relativa si las partes simulan un acto o contrato para ocultar o encubrir otro que es real.

⁹⁵ Peña González, Carlos. “Notas sobre la simulación”. Universidad Diego Portales. Pág. 1.

⁹⁶ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 230.

⁹⁷ Etcheberry O., Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. Pág. 390.

En cuanto a la expresión “otorgamiento”, Garrido Montt señala que difiere de la mera celebración, pues “otorgar, en el ámbito jurídico hace referencia normalmente a la intervención de una solemnidad, en la especie a su escrituración”. Es por esto que Garrido Montt afirma que “el contrato objeto del tipo penal requiere escrituración”.⁹⁸

El otorgamiento del contrato simulado debe estar orientado a causar un perjuicio a los acreedores, quienes no podrán hacer efectivos sus derechos. La configuración del tipo penal puede provocar tanto una insolvencia real como ficticia o aparente por parte del deudor.

A partir de lo anterior, es menester establecer la diferencia que existe entre la disposición que comentamos y el tipo penal del Art. 471 N ° 2, el que sanciona al que “otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”.

Lo que distingue a ambas normas es que el otorgamiento de contratos simulados del Art. 466 se produce en un contexto de insolvencia del deudor y quienes resultan perjudicados son sus acreedores, lo que hace manifiestamente más gravosa la conducta del agente. Esto explica la inferior penalidad que tiene asignada la figura del Art. 471 N ° 2. Dicho tipo no exige la concurrencia de aquellas circunstancias y establece que el sujeto pasivo de la acción es un “otro”.

Finalmente, coincidimos con Garrido Montt cuando señala, en relación con la conducta del Art. 466, que “la omisión no puede ser medio de ejecución de este delito, que supone un comportamiento activo del deudor: otorgar un contrato simulado”.⁹⁹

⁹⁸ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 296.

⁹⁹ Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Pág. 296.

Tipo subjetivo

El deudor debe estar en conocimiento de que el contrato que celebra es simulado y ésta debe ser su voluntad. Además, debe pretender causar un perjuicio a sus acreedores.

Por ende, descartamos la presencia de dolo eventual, sólo se admite dolo directo.

Conclusiones y proposiciones de reforma en el ámbito punitivo

Una vez efectuado el análisis, general y particular, de los tipos penales más relevantes de nuestro sistema concursal penal, ha llegado el momento de esbozar las conclusiones que se derivan de aquél, para luego, a partir de ellas entregar nuestro parecer acerca de cuáles son los principales elementos que debieran ser objeto de una futura reforma, así como los criterios fundamentales que debiesen ser tenidos en cuenta a la hora de realizar esta sustantiva modificación.

Aspectos generales

Respecto del estado actual de la normativa que trata la insolvencia punible en nuestro ordenamiento podemos extraer las siguientes conclusiones generales:

1. No obstante que al llegar al final de la protección penal de cada valor fundamental para la sociedad, siempre nos encontraremos frente a un bien jurídico de carácter colectivo, los delitos de insolvencia punible, sin duda, protegen directamente a un bien jurídico de carácter personal y no colectivo. El bien jurídico protegido en los tipos de insolvencia punible es el patrimonio, específicamente, el de los acreedores. En tanto que el objeto material es el patrimonio del fallido. El deudor concreta la acción dolosa o culposa contra su propio patrimonio, intentando evadir el cumplimiento de las obligaciones comerciales contraídas con sus acreedores y acrecentando la situación de insolvencia.

2. Es un hecho que la gran mayoría de los tipos de insolvencia punible se encuentran contenidos en la Ley de Quiebras N ° 18.175. Nuestro Código Penal sólo contempla un artículo que trata los fraudes del deudor insolvente (Art. 466), el cual es bastante general y se refiere explícitamente al deudor no dedicado al comercio.

3. Lo anterior implica que existe una interdependencia entre el Derecho Penal y el Derecho Privado respecto de los delitos de insolvencia punible. Concretamente, la interpretación de los tipos delictivos de la Ley N ° 18.175 debe realizarse aplicando bases y principios propios del Derecho Penal a disposiciones tipificadas con una técnica y sistemática diferente, propias de una ley especial (en este caso la Ley de Quiebras). Esto obliga en ocasiones a forzar la interpretación de una norma para otorgarle el sentido correcto desde la perspectiva del Derecho Penal.
4. En cuanto a la redacción de la Ley N ° 18.175, se ha incurrido en inexactitudes o desprolijidades, empleando términos errados, confundiendo nociones tan relevantes como quiebra, insolvencia, cesación de pagos o fraude, dolo, culpa y culpabilidad.
5. No resulta simple determinar el elemento subjetivo que exige cada tipo para que se verifique la conducta que describe. Algunas figuras de quiebra culpable contienen expresiones que hacen imposible imaginar la ausencia de dolo (como es el caso del N ° 1 del Art. 219) y ciertos tipos de quiebra fraudulenta requieren explícitamente la presencia de dolo, como si la voz “fraudulenta” no bastara para entender que el agente debe actuar conociendo y queriendo el resultado (sin considerar que además rige el “numerus clausus”, por lo que sería imposible castigar a título de culpa).
6. Lo que sí resulta manifiesto es que existen hipótesis culposas (sólo en el artículo 219) que castigan al agente por conductas imprudentes o negligentes relacionadas con sus negocios. Sin embargo, no es posible castigar a título de culpa en el caso de las figuras del Art. 220 (rige el “numerus clausus”).

7. Sin duda confunde la muy mala forma de tipificar las conductas (de la Ley N ° 18.175) que escogió el legislador, catalogando como “presunciones”, meras descripciones de comportamientos prohibidos. Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han aceptado, en su mayoría, que lo que realmente hizo el legislador al crear estas presunciones, es tipificar las conductas prohibidas. No estamos, por ende, ante presunciones ni de dolo ni de culpa.

8. En la Ley de Quiebras se tipifican tanto conductas comisivas como omisivas. Mientras que hacer donaciones y prestar fianzas desproporcionadas o perder fuertes sumas en juegos o apuestas cuantiosas, son conductas que se verifican de forma comisiva, el no solicitar la quiebra, el no llevar libros o el no cumplir las obligaciones contraídas en un convenio precedente son comportamientos eminentemente omisivos. Sin embargo, el artículo 466 del Código Penal sólo contempla hipótesis comisivas. Así, la ocultación, dilapidación, enajenación maliciosa y el otorgamiento de contratos simulados son conductas que, a nuestro juicio, necesariamente se materializan de forma comisiva.

9. En nuestro análisis de los tipos delictivos de la Ley de Quiebras, nos hemos dado cuenta que más de alguno ha quedado totalmente obsoleto. Es el caso de la falta de conservación, por parte del deudor, de la correspondencia relacionada con sus negocios (Art. 219 N ° 10). Como advertimos al momento de su análisis, los medios de comunicación han variado notablemente y surgen dudas acerca de lo que sucede con medios electrónicos y otros utilizados actualmente.

10. Otra falencia que se advierte repetidamente en el catálogo de figuras delictivas de la Ley N ° 18.175, es que habiendo dos conductas bastante similares, éstas se encuentran tipificadas, una como hipótesis culposa y la otra como hipótesis dolosa de quiebra, sin existir diferencia sustantiva entre ellas que explique esta situación. Por ejemplo, en el caso del Art. 219 N ° 9 (no llevar contabilidad o llevarla irregularmente) y el Art. 220 N ° 11 (no registrar entradas o salidas de activos). No se entiende porqué la primera conducta constituye una figura culposa y la segunda una dolosa.

11. Hemos señalado con anterioridad que el resultado, en todos los delitos de insolvencia punible, es el detrimento o perjuicio patrimonial de los acreedores.¹⁰⁰ En consecuencia, no se entiende la exigencia de dicha circunstancia que presentan algunos tipos (“en perjuicio de sus acreedores”), repitiendo el resultado en la redacción de la disposición. Es el caso del Art. 219 N ° 1 y del Art. 220 N ° 3, 6 y 13. En este trabajo hemos entendido el requerimiento expreso del perjuicio de los acreedores como un elemento adicional del tipo subjetivo. No obstante, pensamos que debiera revisarse su inclusión en el marco de una reforma.

12. Existe un trato diferenciado para la insolvencia punible del deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola respecto del que no. Esta diferencia se manifiesta en que la pena asignada a los delitos de quiebra culpable (presidio menor en cualquiera de sus grados) es la misma con que se castiga al deudor del Art. 466 del Código Penal, a pesar de que, como ya hemos señalado, todas las conductas que describe este artículo requieren de dolo directo. Los delitos de quiebra fraudulenta (nos referimos a los que comete el deudor que ejerce actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas) tienen asignada una mayor pena (presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo) que las figuras del Art. 466.

¹⁰⁰ Ver Capítulo 4.4.

13. A diferencia de lo que sucede con algunos tipos de la Ley de Quiebras, las conductas descritas en el artículo 466 del Código Penal sólo pueden castigarse a título de dolo. Es más, según nuestro parecer, en el alzamiento de bienes, la ocultación, enajenación y dilapidación maliciosa y el otorgamiento de contratos simulados sólo cabe dolo directo (se descarta el dolo eventual).

Proposiciones de reforma en el ámbito punitivo

Para una necesaria y profunda reforma de nuestro ordenamiento concursal penal proponemos dos directrices básicas, la primera es la incorporación al Código Penal de todos los tipos penales de insolvencia punible, y la segunda, la supresión de la sanción penal a título de culpa para estos delitos, o, lo que es lo mismo, la mantención del dolo como único título de imputación en la insolvencia punible.

A continuación analizamos en profundidad ambas propuestas generales.

A. Incorporación de los tipos de insolvencia punible al Código Penal.

Si bien es cierto se ha hecho habitual que existan leyes específicas que cuenten con sus propias normas penales y éstas no dejan de ser Derecho Penal por no estar incorporadas en el Código, pensamos que, en cuanto se pueda, la legislación penal debe estar contenida en un sólo cuerpo normativo, en lugar de encontrarse dispersa en leyes especiales.

Quintero Olivares ha señalado categóricamente al respecto que “en la doctrina penal se coincide en que la técnica de remitir a leyes no penales la íntegra descripción de las conductas delictivas debe ser, como principio, rechazada...”.¹⁰¹

Por otra parte, en el último tiempo un importante número de países ha llevado a cabo reformas que han permitido incorporar a sus códigos penales delitos tales como los tributarios, societarios, monopólicos, cambiarios y, por supuesto, concursales.

¹⁰¹ Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F. / Valle Muñiz, J. M. / Prats Canut, J. M. / Tamarit Sumalla, J. M. / García Alberó, R. “Comentarios al Nuevo Código Penal “. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005. Pág. 1310.

Son conocidas las ventajas que presenta la tipificación del mayor número posible de normas penales en un código único, por lo que nos referiremos someramente a ellas.

La ventaja más relevante, a nuestro juicio, tiene relación con que esto le da una mayor coherencia al conjunto de normas de Derecho Penal que componen el código. Esto resulta verdaderamente importante, pues este sector del ordenamiento jurídico debe regirse por principios únicos, que a su vez configuran su naturaleza y esencia.

Principios como el de intervención mínima (el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando resulten insuficientes para su cometido todos los demás medios de reacción del ordenamiento jurídico) o el de proporcionalidad (la gravedad de la pena debe corresponder con la gravedad del hecho cometido), tienen mucho que definir y deben ser siempre considerados en lo que respecta a los tipos de insolvencia punible.¹⁰²

Además, el reubicar a todos estos tipos delictivos en un capítulo separado del Código Penal favorece una correcta interpretación, en términos de entender el contexto en que se materializan y el bien jurídico que se busca proteger.

En segundo lugar, mediante la incorporación de los tipos de insolvencia punible al Código Penal, se le estaría dotando de mayor autonomía material y procesal al Derecho Penal frente al Derecho Privado. La dependencia del primero respecto del segundo produce según Beneytez Merino “una notable distorsión del sistema punitivo, en materia de presunciones, de la distinción entre el dolo y la culpa y de las formas de participación...”¹⁰³

¹⁰² Otros principios fundamentales son el de legalidad, del bien jurídico, del hecho y de culpabilidad. (Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal. Parte General” Tomo I. Editorial Lexis Nexis. Chile, 2005).

¹⁰³ Beneytez Merino, Luis. En: “Derecho penal económico”. Bacigalupo, Enrique (Director). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000. Pág. 251.

Al otorgar mayor autonomía a esta normativa también se estaría estableciendo una mayor independencia del juez penal respecto del civil en esta materia.

Por otra parte, esta reestructuración de las figuras concursales debiera aprovecharse para corregir las mencionadas inexactitudes y expresiones poco afortunadas que abundan en la redacción de la N ° Ley 18.175. Términos como “quiebra culpable” requieren ser modificados con urgencia (para este caso entendemos que la denominación correcta sería “insolvencia culposa”), y esta especie de recodificación parece ser la oportunidad para ello.

Al mismo tiempo, nos parece que si bien es algo que debe analizarse con mayor profundidad, no existe una razón específica para mantener la diversidad valorativa entre la insolvencia punible del deudor del Art. 41 y la del resto. Perfectamente, con esta innovación pueden equipararse sus penas.

En lo que representa un aspecto muy relevante en la clase de delitos que son objetos de nuestro estudio, esta reforma sería el momento preciso para adecuar la normativa a los cambios económicos y sociales de nuestro país. Esto implica la eliminación de tipos que a nuestro juicio se encuentran obsoletos, la modificación de otros y la creación de nuevas infracciones teniendo en cuenta los avances tecnológicos y la forma en que ha variado la criminalidad en el ámbito de los negocios. Nos referiremos a este punto con mayor profundidad en el marco de nuestra segunda propuesta.

Por último, están los beneficios propios de toda codificación, en el sentido de que otorga mayor seguridad jurídica, elimina redundancias y conflictos, permite facilitar el conocimiento del Derecho Penal al ciudadano, así como la interpretación de las normas y la práctica jurídica.

En países como España (1995) Alemania (1976) e incluso Argentina (1995) se han llevado a cabo con éxito reformas como la que proponemos para nuestro país.¹⁰⁴ En dichos ordenamientos jurídicos se regula la insolvencia punible en el Código Penal con absoluta independencia del Código de Comercio o de leyes concursales especiales.

En consecuencia, de acuerdo con los argumentos que hemos esgrimido, nos parece necesaria y posible la incorporación de estas figuras al Código Penal. Sin embargo, ésta debe materializarse rigurosamente, con una técnica jurídica avanzada y escrupulosa que permita estructurar y ordenar correctamente la normativa, evitando falencias que puedan derivar en lagunas y conflictos. Por otra parte, pese a que uno de los objetivos que se persiguen con esta propuesta tiene relación con la autonomía del Derecho Penal, no se debe desatender el marco de referencia que representa la Ley de Quiebras, a cuyo auxilio se debe acudir constantemente al momento de realizar esta modificación.

El llevar a cabo esta reforma adecuadamente, en rigor, significa pasar de un obsoleto ordenamiento concursal penal a un Derecho Penal de insolvencia sistematizado y autosuficiente.

¹⁰⁴ Ver Pág. 8.

B. Exclusión de la culpa como título de imputación.

En la propuesta examinada en el título precedente hicimos mención a uno de los principios fundamentales que informan y rigen (o debiesen regir) el Derecho Penal: el principio de intervención mínima. Éste dispone que el Derecho Penal debe ser empleado, como instrumento para mantener la convivencia humana, únicamente cuando los demás recursos con que cuenta el ordenamiento jurídico hayan resultado insuficientes para ejercer el control social.

Se dice que el Derecho Penal es la “última ratio”, en el sentido de que antes de aplicar una sanción penal se deben preferir aquellos medios de reacción y recursos que ofrecen las otras ramas del Derecho, por ejemplo, las sanciones civiles o administrativas. Así, una vez agotadas las medidas que encontramos en las demás áreas del ordenamiento jurídico, interviene subsidiariamente y como recurso extremo, el Derecho Penal.

En resumen, el Derecho Penal sólo debe proteger los bienes jurídicos más trascendentales para el individuo y la comunidad frente a las lesiones más intolerables a los mismos.

Por otra parte, en la introducción de esta memoria hemos comentado el impacto que genera una penalización excesiva (en términos de la severidad de la sanción y la conducta castigada) de comportamientos desplegados por un sujeto que ha fracasado en el manejo de sus negocios, en una estigmatización injusta y en un desinterés por desarrollar actividades emprendedoras, por miedo a incurrir en riesgos que puedan derivar en futuras sanciones penales.

Además, es posible imaginar que un deudor insolvente, en su desesperación por revertir la crisis que le afecta y sin la intención de defraudar a sus acreedores, adopte una actitud riesgosa en un negocio u operación bursátil, a pesar de su alicaída situación patrimonial. Esto, porque entiende que no es mucho lo que puede perder y en cambio, una buena decisión puede ayudarlo a hacer frente a sus deudas y salir de la crisis. No estamos ante el deudor que dilapida intencionalmente su patrimonio, sino ante el que lo arriesga temerariamente con la expectativa de mejorar su situación y así proceder al cumplimiento de sus obligaciones.

Es menester recordar que en el ordenamiento concursal penal vigente, la pena asignada a la quiebra culpable va desde los sesenta y un días a los cinco años (presidio menor en cualquiera de sus grados).

Entonces surgen los cuestionamientos acerca de si debe recaer una sanción penal sobre el deudor que realiza una conducta imprudente o negligente relacionada con la administración de su patrimonio, provocando o agravando el estado de insolvencia.

Nuestro Código Penal no ofrece definición ni referencia alguna sobre lo que debemos entender por delito culposo. Sin embargo, la doctrina ha determinado que la culpa en Derecho Penal implica siempre una infracción a un deber de cuidado y que puede adoptar tres formas: la imprudencia, la negligencia y la impericia.

Cerezo Mir señala que el delito culposo “es aquel que como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de acción, no queridos”.¹⁰⁵

De forma similar, Mir Puig lo ha definido como una acción en que “sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso, pero lo realiza por la infracción de una norma de cuidado, es decir, por la inobservancia del cuidado debido”.¹⁰⁶

En cuanto a la diferencia entre el comportamiento culposo y el doloso, Jakobs ha señalado que el “primero afecta menos a la validez de la norma que el segundo; de este modo, los ilícitos imprudentes, en lugar de revelar una infidelidad a la norma tan drástica como los dolosos, pondrían de manifiesto la incompetencia del sujeto para el manejo de sus propios asuntos, que no ha valorado las consecuencias de su descuido porque, sencillamente, le eran desconocidas en el momento de actuar”.¹⁰⁷

Junto con lo anterior, tradicionalmente se ha distinguido entre dos especies de culpa, la consciente (o culpa con representación) y la inconsciente. Nos referiremos en primer lugar a la culpa inconsciente. En ella, el sujeto activo no prevé el resultado, vale decir, no existe una representación mental anticipada del resultado (previsible) que conlleva el acto realizado.

¹⁰⁵ Cerezo Mir, José. “Curso de Derecho Penal Español. Parte General” Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. 2004. Pág. 151.

¹⁰⁶ Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial Reppertor. Madrid. 2004. Pág. 268.

¹⁰⁷ Hava García, Ester. “Dolo eventual y culpa consciente: criterios diferenciadores”. En: Anuario de Derecho Penal Peruano. N ° 2003. Ob. Cit. Pág. 5.

Respecto de su punibilidad, coincidimos plenamente con lo señalado por Bullemore y MacKinnon en el sentido de que “la llamada culpa inconsciente es impune”, explicando que “el Derecho Penal no debe proteger los bienes jurídicos más valiosos ante ataques que, aunque los lesionen, carecen de la relevancia o gravedad por falta de la necesidad de protección, cumpliendo ese fin el ordenamiento jurídico a través del sector civil o privado del mismo”.¹⁰⁸

En consecuencia, no está en discusión la posibilidad de castigar a título de culpa inconsciente al sujeto activo de los delitos de insolvencia punible, por lo que nos centraremos en lo que ocurre con la culpa consciente.

En la culpa consciente, si bien el sujeto actúa representándose como posible el desenlace perjudicial (en nuestro caso para sus acreedores), no acepta este resultado, de hecho lo rechaza totalmente, y confía en poder evitarlo. Lo que existe es una errada valoración de las circunstancias fácticas, generalmente debido a un exceso de confianza.

Llevándolo a los delitos de insolvencia, el deudor que actúa con culpa consciente conoce el riesgo que conlleva su conducta, pues se representa como posible el perjuicio que puede causar a sus acreedores, sin embargo, se fía de sus habilidades para poder impedirlo.

En nuestra opinión, los costos de sancionar penalmente al deudor que ha caído en una insolvencia culposa son demasiado altos, en términos de la ya explicada estigmatización exagerada y posible inhibición del emprendimiento e innovación por miedo a incurrir en conductas imprudentes susceptibles de ser castigadas penalmente. Esto, sumado a la eventual infracción al principio de subsidiariedad e intervención mínima (Derecho Penal como última ratio en el control social) que implica, por cuanto, a nuestro juicio severas sanciones civiles y una adecuada

¹⁰⁸ Bullemore y MacKinnon. “El delito culposo y cuatro asuntos problemáticos: El tipo subjetivo, el error de tipo, la imputación a la víctima y la participación”. R.P.P. N ° 46. Año 2006.

fiscalización de los órganos competentes son suficientes para efectos de garantizar la protección del bien jurídico frente a estos ataques que son, sin duda, de menor intensidad que en el caso de la insolvencia dolosa (incluyendo en la que concurre sólo dolo eventual).

Por otra parte, al momento de estudiar uno a uno los tipos de insolvencia punible, nos encontramos frente a situaciones en que una hipótesis de quiebra culpable únicamente podía verificarse dolosamente, lo que sin duda resulta un contrasentido. Esta situación no se observaría de efectuarse la reforma que proponemos, por cuanto sólo estarían tipificadas conductas dolosas en el Código Penal.

En suma, una reforma trascendental y exitosa en esta materia debiera fijar como objetivo final el que podamos encontrar a las insolvencias punibles en un capítulo especial del Código Penal, dentro del cual se incluyan, por supuesto, las hipótesis de quiebra fraudulenta del actual Art. 220 de la Ley N ° 18.175,¹⁰⁹ junto a algunas de las hipótesis de quiebra culpable del Art. 219 de la misma ley, mas éstas incorporadas también como figuras dolosas. Y en la que se establezcan además, sanciones civiles (en reemplazo de las penales) para los casos de conductas imprudentes llevadas a cabo por el deudor.

¹⁰⁹ Como hemos señalado, eliminando las que se encuentren obsoletas y modificando algunas otras.

Bibliografía

- Nacional:

1. **Bullemore G., Vivian R. / MacKinnon R., John R.** “Curso de Derecho Penal”. Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago. 2005.
2. **Bullemore G., Vivian R. / MacKinnon R., John R.** “El delito culposo y cuatro asuntos problemáticos: El tipo subjetivo, el error de tipo, la imputación a la víctima y la participación”. R.P.P. N ° 46. Año 2006.
3. **Bustos Ramírez, Juan.** “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”. Anuario de Derecho Penal 1989-1990. Universidad de Friburgo.
4. **Etcheberry O., Alfredo.** “Derecho Penal”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998.
5. **Garrido M., Mario.** “Derecho Penal”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003.
6. **Peña González, Carlos.** “Notas sobre la simulación”. Universidad Diego Portales. Pág. 1.
7. **Puga Vial, Juan Esteban.** “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002.

- Extranjera:

1. **Anaya, Laje.** “Quebrados y otros deudores punibles”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1967.
2. **Antolisei, Francesco.** “Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades”. Editorial Temis. Bogotá. 1964.

3. **Bacigalupo, Enrique.** “Derecho Penal Económico”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000.
4. **Bajo Fernández, Miguel.** “Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial”. Madrid. Editorial Civitas. 1978.
5. **Cerezo Mir, José.** “Curso de Derecho Penal Español. Parte General” Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. 2004.
6. **Donna, Edgardo.** “Derecho Penal. Parte Especial.” Editorial Rubinzal. Buenos Aires. 2001.
7. **Gimbernat, Enrique / Cotillas, Carlos / Mestre, Esteban / Martínez, Gema / Alkorta, Mariana.** “Código Penal. Con concordancias y jurisprudencia”. Editorial Tecnos. 2003. España.
8. **Hava García, Ester.** “Dolo eventual y culpa consciente: criterios diferenciadores”. Anuario de Derecho Penal Peruano. N ° 2003.
9. **Mir Puig, Santiago.** “Derecho Penal. Parte General”. Editorial Reppertor. Madrid. 2004.
10. **Muñoz Conde, Francisco.** “Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. 11 ° Edición. Valencia. 1996.
11. **Parma, Carlos.** “Delitos dolosos cometidos en las quiebras por el fallido”. Derecho Penal y Criminología latinoamericana. Mendoza, Argentina.
12. **Queralt Jiménez, Joan.** “Derecho Penal Español. Parte Especial”. Editorial Atelier. Barcelona. 2002.

13. **Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F. / Valle Muñiz, J. M. / Prats Canut, J. M. / Tamarit Sumalla, J. M. / García Albero, R.** “Comentarios al Nuevo Código Penal “. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005.

14. **Rafecas, Daniel Eduardo.** “Delito de quiebra en Argentina”. Material de estudio Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

15. **Rodríguez Devesa, José María / Serrano Gómez, Alfonso.** “Derecho Penal Español. Parte Especial”. Dykinson. Madrid. 1995.

16. **Serrano Gómez, Alfonso.** “Derecho Penal. Parte especial”. Editorial Dykinson. Madrid. 2004.

17. **Tiedemann, Klaus.** “Lecciones de Derecho Penal Económico”. Editorial Ariel. Barcelona. 1993.

18. **Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac.** “Derecho penal. Parte especial”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996.

19. **Villaláz, Aura.** “Derecho Penal. Parte especial”. Editorial Mizrachi & Pujol. Panamá. 2002.

- Jurisprudencia:

1. Sentencia de la segunda sala de la Excma. Corte Suprema. Rol 352-04.

2. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 12957-2000.

3. Sentencia de la primera sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 54.165-96.

- Códigos y leyes:

1. Código Penal chileno.
2. Código de Comercio chileno.
3. Código Civil chileno.
4. Ley N ° 4558.
5. Ley N ° 18.175.
6. Código Penal español.
7. Código de Comercio español.
8. Código Penal alemán.
9. Código Penal argentino.